1

Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité des parties Première partie : aspects de droit civil

Jean-François Germain

Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant aux FUSL

Philippine Stroobant

Avocat au barreau de Bruxelles
Assistante aux FUSL

Introduction 12

Section 1
Remèdes immédiats : l'exécution directe en nature du contrat d'entreprise de construction et ses modalités particulières de mise en œuvre 13

Section 2
Pluralité des parties 53

Conclusion 95

Introduction

Le contentieux contractuel dans le secteur de la construction exige une grande capacité d'action (et de réaction) immédiate de la part de tout intervenant à l'ouvrage confronté à des défauts d'exécution. Les ouvrages d'une certaine importance ne peuvent en effet tolérer l'immobilisme.

Or, indépendamment de la simple question des retards, la défaillance d'une prestation déterminée causera le plus souvent un ralentissement, voir un blocage complet, des prestations des autres intervenants dont l'exécution est conditionnée par l'accomplissement préalable des travaux en souffrance.

Il s'agit donc de choisir le meilleur moyen d'action pour remédier à l'incident dans les plus brefs délais. À cet égard, les voies de recours classiques doivent être évaluées à l'aune de la complexité technique et juridique croissante qui caractérise le contentieux de la construction.

La complexité technique rend délicat le recours à la résolution pure et simple du contrat d'entreprise, dont les conséquences pratiques sont souvent complexes, et qui nécessitera en outre la préparation de nouveaux documents d'offre, cahiers des charges, métrés actualisés, etc. Elle complique même dans certains cas le recours aux tiers en remplacement de l'entrepreneur défaillant, qui hésiteront à intervenir dans le cadre d'un chantier litigieux, et à accorder des garanties sur des ouvrages dont la première phase de réalisation est l'œuvre d'un autre. Face à ces contraintes, la meilleure réponse est le recours à l'exécution directe par l'entrepreneur défaillant de la prestation en souffrance.

Autre contrainte : la complexité juridique qui caractérise souvent les projets immobiliers. Les différents types d'intervenants (promoteur, architecte, entrepreneur général, coordinateur, etc.) ainsi que le degré de spécialisation croissante des techniques et la nécessité consécutive de faire appel à de multiples corps de métier en sous-traitance peuvent aboutir à la naissance d'ensembles contractuels relativement élaborés. Cette dimension juridique dissuadera dans bien des cas le maître de l'ouvrage de recourir à certains types de sanction classiquement utilisés en matière d'inexécution. Si l'on prend l'exemple de la résolution du contrat pour manquement grave, les conséquences d'une dissolution totale ou partielle du rapport contractuel peuvent dans bien des cas s'avérer plus complexes à gérer qu'une simple poursuite du contrat initial. Le remplacement peut également s'avérer contreproductif dans certaines hypothèses, comme nous le verrons. Enfin, et surtout, toute rupture du contrat existant et d'une manière plus générale tout recours à des tiers nécessiteront la négociation et la conclusion de nouveaux documents contractuels, ce qui peut également s'avérer très pénalisant en termes de temps. Ici encore une exécution directe par l'entrepreneur défaillant semble devoir être privilégiée.

L'exécution directe en nature de l'obligation apparaît donc aujourd'hui plus que jamais comme le remède immédiat par excellence. Nous avons choisi de consacrer une première partie de notre étude à ce moyen d'action, en passant

en revue les différentes questions qu'il soulève dans le secteur de la construction. Nous étudierons également ses compléments naturels que sont la faculté de remplacement et les astreintes.

Action immédiate... et réaction immédiate. Le maître de l'ouvrage peut également être confronté en cours de chantier à des actions directes de différents sous-traitants qui commandent des réactions immédiates, et dont il convient par conséquent d'appréhender correctement toute la portée. Ces différentes questions seront abordées dans la seconde partie de la présente contribution, ayant trait aux situations multipartites.

Ce second thème sera l'occasion d'examiner d'une manière plus générale quelle est la nature exacte des relations qui peuvent se nouer entre le maître de l'ouvrage et les sous-traitants. Il n'est pas rare que dans des projets immobiliers d'une certaine importance, les parties perdent de vue l'absence de liens contractuels entre le maître de l'ouvrage et les sous-traitants de l'entrepreneur. Il est par exemple fréquent qu'un maître de l'ouvrage (par exemple un promoteur) choisisse directement les sous-traitants qui devront être affectés à l'exécution de certaines prestations. Il arrive également qu'au cours d'un chantier, le maître de l'ouvrage donne à certains sous-traitants des instructions directes. Quelles sont les conséquences exactes de tels comportements sur la nature du lien contractuel entre les parties ?

Nous étudierons également ces questions dans la seonde section.

I

Remèdes immédiats : l'exécution directe en nature du contrat d'entreprise de construction et ses modalités particulières de mise en œuvre

1. Le remède immédiat par excellence. L'exécution directe en nature de l'obligation inexécutée, par le débiteur initial ou par un tiers (remplacement), constitue assurément le premier remède immédiat qui vient à l'esprit du plaideur dans le secteur de la construction.

Sous réserve de procédures alternatives qui auraient été convenues entre parties, le juge des référés en est le complément naturel et indispensable. Pour reprendre la formule de Pierre Van Ommeslaghe, cette intervention du juge des référés permet une action « *à chaud et en temps utile* » contribuant à affermir le principe de l'exécution en nature et à éviter ainsi que la victime de l'inexécution de l'obligation se fasse justice à elle-même dans l'attente d'une décision au fond [1].

1. P. Van Ommeslaghe, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 199 ; voy. également X. Dieux, « La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le Juge des référés », note sous Civ. Liège (réf.), 2 février 1984, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 250 et s. ; P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *Les obligations contractuelles*, CJBB, 2000, p. 357 ; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wery, « Chronique de jurisprudence. Les obligations », *J.T.*, 1996, p. 722 ; G. De Leval, « Le référé en droit judiciaire privé », *Actualités du droit*, 1992, pp. 855 et s.

La Cour de cassation lui a expressément reconnu ce pouvoir dans son arrêt du 9 septembre 1982[2] en posant en principe que « (...) la défense faite par l'article 1039 du Code judiciaire aux ordonnances sur référé de porter préjudice au fond n'interdit pas au juge d'examiner les droits des parties sous réserve de ne point ordonner des mesures qui porteraient à celles-ci un préjudice définitif et irréparable ».

I.1 Notion et portée

2. **Définition.** L'exécution en nature est l'exécution *in specie* de l'obligation du débiteur[3].

En matière d'entreprise de construction, cette obligation est le plus souvent une obligation de *faire*, dont l'exécution en nature consiste en l'accomplissement de toute prestation convenue par les parties. Mais il peut également s'agir d'obligations de *donner* (livraison de matériel) ou *de ne pas faire* (comme l'interdiction d'utiliser un produit spécifique dans un ouvrage, ou d'avoir recours à la sous-traitance pour tout ou partie des travaux). En matière d'obligations de ne pas faire, l'exécution en nature connaît un champ d'application limité puisque l'irréparable est consommé en cas de violation d'une telle obligation[4]. L'article 1143 du Code civil prévoit toutefois la possibilité de détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation de ne pas faire, quitte pour le maître de l'ouvrage à solliciter une réparation complémentaire par le biais de la réparation par équivalent.

3. **Distinction avec la réparation en nature.** L'exécution en nature de l'obligation contractuelle ne doit pas être confondue avec la réparation en nature du dommage contractuel[5]. La réparation en nature est une forme d'indemnisation des dommages contractuels subis par le maître de l'ouvrage en raison d'un préjudice engageant la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur[6]. Elle est un effet de la responsabilité contractuelle qui suppose que le maître de l'ouvrage établisse la faute de l'entrepreneur[7] et le dommage qui en a résulté, ce qui n'est pas le cas

2. *J.T.*, 1982, p. 727.

3. De Page, *Traité*, 2e éd., t. III, n° 93, p. 119.

4. De Page, *Traité*, 2e éd., t. III, p. 125.

5. Voir à ce propos l'analyse de P. Wery, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 135 et s. (ainsi que les références citées en doctrine française).

6. P. Wery, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*,p. 344.

7. L'intensité de l'obligation sous-jacente, de moyen ou de résultat, pouvant varier en fonction de la qualité du prestataire. La Cour de cassation a décidé à cet égard qu'un promoteur immobilier est tenu à une obligation de résultat, qui l'oblige « *à répondre non seulement des fautes commises par les constructeurs auxquels le promoteur a fait appel mais également des désordres qui ne seraient pas imputables à une faute de ces constructeurs et dont il ne pourrait s'exonérer par la démonstration d'une cause étrangère libératoire* » (Cass., 21 octobre 2010, RG C090582F, www.cass.be).

lorsqu'il poursuit l'exécution en nature[8]. La qualification juridique du recours du maître de l'ouvrage n'est donc pas sans incidence en matière de preuve : s'il poursuit l'exécution en nature, il se contentera de prouver que l'obligation existe et qu'elle n'a pas été exécutée (peu importe que l'inexécution lui soit ou non dommageable), s'il poursuit la réparation d'un dommage, il devra établir tous les éléments de la responsabilité de l'entrepreneur[9]. Il risquera en outre dans ce contexte de se voir opposer des clauses d'exonération de responsabilité ou de limitation des montants garantis (plafonds ou seuils d'indemnisation par exemple).

I.2 La règle de la primauté de l'exécution en nature et ses effets entre parties

4. **Principe.** L'exécution en nature est le mode normal d'exécution des obligations, puisqu'elle consiste à exécuter ce qui a été convenu, ni plus ni moins (art. 1134 du Code civil)[10].

Ce principe demeure inchangé dans le cadre d'une exécution forcée, quel que soit le type d'obligation concernée : obligation de faire, de ne pas faire ou de donner[11]. Il justifie que la primauté soit réservée à l'exécution en nature, ainsi que l'énonce sans ambiguïté la Cour de cassation : « L'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire (...). L'exécution par équivalent s'impose lorsque cette exécution en nature n'est pas ou n'est plus possible »[12].

La règle ne prête pas à discussion[13].

8. S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wery, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) « , *J.T.*, 1996, p. 720.

9. Ceci n'étant toutefois pas exclusif de la possibilité pour l'entrepreneur d'engager la responsabilité contractuelle de tiers aux fins de les entendre participer aux coûts de son intervention s'il estime qu'ils ont commis une faute engageant leur responsabilité partielle (par exemple s'il estime que l'architecte a manqué à son devoir de conseil et/ou si le maître de l'ouvrage s'est – à tort – dispensé de l'intervention de l'architecte dans le cadre du suivi des travaux pour limiter ses coûts).

10. Dans le « grand désordre » qui caractérise le traitement de la matière par le Code civil, on trouve une expression de ce principe dans l'article 1243 du Code civil, relatif au paiement, selon lequel « le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose soit égale ou même plus grande. ».

11. Liège, 19 février 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 531 ; Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

12. Cass., 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 236 qui confirme dans cet arrêt sa jurisprudence antérieure (voy. not. : Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, I, p. 538 ; Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, I, 567 ; Cass., 23 décembre 1977, *Pas.*, 1978, p. 477 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370).

13. P. Van Ommeslaghe, « Les obligations. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1975, n° 105 ; P. Van Ommeslaghe, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, n° 88 ; De Page, *Traité*, 2e éd., t. III, n° 94 ; P. Wery, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaire*, *op. cit.*, p. 219 ; P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, CJ.B., 2000, p. 347 ; M. Coipel, « Théorie générale des contrats », *Guide juridique de l'entreprise*, 1996, p. 33 ; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, vol. I, p. 1985/5.

5. **Intérêt de la distinction pour le créancier de l'obligation inexécutée.** Comme on vient de le voir, l'exécution en nature n'est pas assimilée à la réparation en nature ou par équivalent. S'il fait le choix de l'exécution en nature, le maître de l'ouvrage sera donc dispensé des contraintes propres au régime de la responsabilité contractuelle [14].

6. **Cas particulier de l'architecte.** Dans une décision du 19 mars 2001, le tribunal de première instance de Bruxelles rejette la demande de l'architecte de pouvoir s'exécuter en nature, soulignant que « l'exécution en nature ne peut se concevoir que contre l'entrepreneur et non pas contre l'architecte, à l'encontre duquel la demande ne peut être qu'indemnitaire » [15]. L'architecte ne peut en effet, fort logiquement, prendre un engagement de s'exécuter en nature pour la réfection totale ou partielle de travaux défectueux [16].

7. **Question de la « perte de confiance » en l'entrepreneur.** Plusieurs commentaires et décisions de jurisprudence évoquent la possibilité pour le maître de l'ouvrage de refuser l'exécution en nature lorsqu'il a, pour diverses raisons, légitimement perdu confiance en son entrepreneur [17]. C'est presque textuellement ce que décide la Cour d'appel de Mons dans un arrêt du 3 février 2004 dans les termes suivants : « [l'exécution en nature] peut être écartée lorsque le maître de l'ouvrage a perdu, pour des raisons valables, toute confiance dans les compétences de l'entrepreneur » [18].

Cette règle nous paraît dangereuse et susceptible de grandes difficultés d'interprétation. La problématique de la disparition de la confiance semble en réalité procéder d'une confusion avec le régime de la résolution du contrat, où comme on le sait le manquement doit être suffisamment grave pour justifier, en raison de la rupture du lien de confiance qu'il provoque, la disparition du lien contractuel. Si en revanche le maître de l'ouvrage fait le choix de poursuivre l'exécution du contrat, conformément à l'option qui lui est laissée par l'article 1184 du Code civil, rien n'indique qu'il pourra librement arbitrer le recours à l'exécution en nature ou par équivalent. La Cour de cassation considère d'ailleurs très clairement que la voie de l'exécution par équivalent ne pourra être imposée au débiteur fautif que si l'exécution en nature n'est pas ou plus possible [19].

Comme l'a souligné la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 17 mars 2005 [20], « des relations tendues et un ton agressif dans les rapports entre parties »

14. Voy. les développements consacrés à cette question par P. Wery, *Droit des obligations*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 470 et s.
15. Civ. Bruxelles (réf.), 19 mars 2001, *Entr. et Dr.* 2003, liv. 2, 137.
16. R.P.D.B., v° Devis et Marchés, n° 678.
17. Voy. les références citées *in* M.-A. Flamme, Ph. Flamme, A. Delvaux, F. Pottier, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence. 1990-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 145.
18. *R.G.D.C.*, 2004, p. 217.
19. Voir les références citées sous la note infrapaginale (12).
20. *J.L.M.B*, 2005, p. 405.

ne sont pas suffisants pour justifier un refus d'exécution en nature des réparations par l'entrepreneur. La perte de confiance, si elle est invoquée, ne pourra donc être valablement opposée que si elle s'inscrit plus largement dans la problématique de l'impossibilité ou de l'inutilité de l'exécution en nature (cette question sera examinée plus en détail sous le point consacré aux exceptions à l'exécution en nature).

8. **Conséquence pour les parties : absence d'option entre l'exécution en nature et la réparation par équivalent.** Sous réserve des exceptions que nous examinerons plus loin, le principe de l'exécution en nature s'impose au débiteur et au créancier [21]. Il en résulte que l'entrepreneur ne peut solliciter de s'exécuter par équivalent si le maître de l'ouvrage réclame l'exécution en nature [22] et réciproquement, que le maître de l'ouvrage ne peut s'opposer à l'exécution en nature lorsque celle-ci est proposée par l'entrepreneur [23].

Ce second aspect de la règle – l'absence d'option du maître de l'ouvrage – est susceptible de heurter le praticien, tant il est vrai que, par réflexe, on sera tenté d'accorder au maître de l'ouvrage victime de l'inexécution de son entrepreneur le choix entre l'exécution forcée de l'obligation ou l'indemnisation sous la forme de dommages et intérêts. La confusion vient du fait que l'article 1184 du Code civil [24] confère une telle option. À y regarder de plus près, cet article n'ouvre cependant pas une option entre l'exécution en nature et la réparation par équivalent, mais bien entre l'exécution et la résolution avec dommages et intérêts [25]. Il s'agit donc là de deux réalités juridiques différentes.

21. P. Van Ommeslaghe, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 197.
22. Cass., 23 décembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 477 ; Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 1341 et les conclusions de l'avocat général Velu (la Cour énonce que « la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature si elle est possible et ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit ; le juge a le pouvoir de l'ordonner, notamment en prescrivant à l'auteur du dommage les mesures destinées à faire cesser l'état de chose qui cause le préjudice » ; voy. également le commentaire de cet arrêt par F. Delperee, *R.C.J.B.*, 1983, p. 173. Dans ses conclusions précitées, l'Avocat général Velu semble considérer que la « *réparation en nature* » est la règle toutes les fois qu'elle est possible et qu'elle est réclamée. P. Van Ommeslaghe juge cette analyse trop restrictive. Selon lui, la réparation en nature doit s'imposer au créancier même lorsque celui-ci ne le demande pas (*R.C.J.B.*, 1986, p. 198).
23. Comm. Marche-en-Famenne, 5 février 2001, R.R.D., 2001, liv. 100, 284 et note P. Wery ; P. Van Ommeslaghe, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 197.
24. « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. ».
25. De Page, *Traité*, 2e éd., t. III, n° 94, note infrapaginale (1).

Comme l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage n'a donc pas d'option : même s'il poursuit la réparation par équivalent (dommages et intérêts), il pourra être contraint d'accepter une exécution en nature si celle-ci est encore possible et est proposée par l'entrepreneur[26]. C'est ainsi par exemple que le juge peut s'opposer à une demande du maître de l'ouvrage de faire détruire et reconstruire l'ouvrage défectueux aux frais de l'entrepreneur « lorsque l'entrepreneur ou le sous-traitant offre de s'exécuter de manière satisfactoire »[27].

L'entrepreneur conserve son droit de s'exécuter en nature même si la convention contient une clause pénale en cas d'inexécution de l'obligation[28].

9. **Sanction d'un refus d'accepter l'exécution en nature.** Si le maître de l'ouvrage s'oppose malgré tout à l'exécution en nature par l'entrepreneur de ses prestations, il risque de se mettre lui-même en défaut. C'est ce raisonnement qu'a tenu le tribunal de première instance de Bruxelles dans une décision du 11 mai 1999[29]. Alors que l'entreprise de construction avait offert spontanément d'exécuter les travaux destinés à remédier aux malfaçons telles qu'identifiées par l'expert judiciaire, le maître de l'ouvrage s'y était opposé, allant jusqu'à interdire aux entrepreneurs l'accès au chantier. Le tribunal a considéré que l'exécution en nature devait être autorisée et a condamné le maître de l'ouvrage à donner libre accès à son immeuble « sous peine d'être déchu de son droit à obtenir réparation de son préjudice ».

Le juge a donc visiblement considéré en l'espèce que la faute du maître de l'ouvrage rendait l'exécution impossible et aboutissait, dans la perspective d'une réparation par équivalent, à effacer purement et simplement la causalité entre la faute initiale de l'entrepreneur et le dommage (la faute de l'entrepreneur n'étant pas, conformément à la théorie de l'équivalence des conditions, la condition sine qua non de la naissance d'une obligation de réparation par équivalent, et se trouvant exonérée par la faute du maître de l'ouvrage au titre de cause étrangère libératoire). Dans une décision du 10 mars 1993[30], le tribunal de commerce de Liège a tenu le même raisonnement en soulignant que « lorsque la réparation est

26. Liège, 12 décembre 2005, *J.T.*, 2005, p. 188 ; De Page, *Traité*, 2e éd., t. III, n° 94 ; P. Van Ommeslaghe, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 197 ; P. Wery, « Une forme d'exécution en nature trop peu connue : le remplacement judiciaire », *R.R.D*, 1995, p. 661.

27. Civ. Neufchâteau, 26 octobre 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 56 (voyez également le commentaire de cette décision par P. Wery, « Une forme d'exécution trop peu connue : le remplacement judiciaire », *R.R.D.*, 1995, p. 60).

28. Bruxelles, 12 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 203 (« (...) Rien n'empêchait l'appelant au reçu de la mise en demeure du 20 décembre 1985 d'avoir à payer l'indemnité d'annulation, de réfléchir, de revenir sur sa décision et d'opter pour l'exécution du contrat en nature. »).

29. *Entr. et dr.*, 2001, 117 et note C. Lepaffe.

30. *R.D.C.* 1994, p. 462.

rendue impossible par le fait fautif du créancier, le débiteur est exonéré de son obligation de réparer par équivalent ».

Dans un arrêt du 17 mars 2005, la Cour d'appel de Liège a appliqué une solution différente[31]. Comme dans le cas précédent, les manquements de l'entrepreneur avaient été constatés dans un rapport d'expertise, qui identifiait les prestations à exécuter pour y remédier. L'expert avait souligné que l'entrepreneur offrait d'exécuter personnellement ces prestations, sous le contrôle de l'expert. Le maître de l'ouvrage, arguant d'une perte de confiance en l'entrepreneur, s'y était opposé. La Cour a considéré que l'offre d'exécution était satisfaisante et que le maître de l'ouvrage n'avait aucun motif légitime pour s'y opposer. Constatant que l'exécution en nature avait été rendue impossible par le maître de l'ouvrage, la Cour a toutefois accordé une réparation par équivalent, mais en limitant le montant du dommage aux montants qu'aurait représentés pour l'entrepreneur une intervention personnelle. Cette approche paraît plus équitable, puisqu'elle aboutit à un partage de responsabilité. La faute du maître de l'ouvrage (refus de faire droit à l'exécution en nature), même si elle est seule génératrice du passage sous le régime de la réparation par équivalent, n'est pas pour autant libératoire de celle commise initialement par l'entrepreneur.

Cette faute du maître de l'ouvrage, dans l'appréciation du dommage lié aux désordres et malfaçons, est en effet, par application de la théorie de l'équivalence des conditions, la condition *sine qua non* d'un dommage spécifique, étant la différence entre ce que lui aurait coûté une intervention directe de l'entrepreneur et le préjudice financier finalement généré par le recours à un tiers. En allant plus loin dans le raisonnement, on pourrait même considérer que cette faute spécifique a généré, pour l'entrepreneur, un surcoût correspondant non pas à tout ce qui excède le prix qu'il aurait demandé au maître de l'ouvrage pour exécuter les réparations, mais bien à ce qui excède ce que lui auraient coûté ces prestations (prix de revient).

I.3 Modalités pratiques de l'exécution directe en nature

10. **Suivi de l'exécution après le prononcé du jugement.** La question est abordée par P. Wery[32] dans son analyse d'une décision du Tribunal de commerce de Marche-en-Famenne du 5 février 2001[33]. À l'instar du commentateur de la décision, on peut épingler plusieurs interrogations que soulève l'exécution d'un tel jugement[34] :

31. *R.R.D.*, 2005, liv. 115, p. 137.

32. P. Wéry, « L'offre d'exécution en nature par le débiteur en matière d'obligations de *facere* », *R.R.D.*, 2001, pp. 287 et s.

33. *R.R.D.*, 2001, p. 284.

34. P. Wery, *op. cit.*, *R.R.D.*, 2001, p. 288.

- L'exécution en nature par le débiteur de son obligation ne doit-elle pas être suivie et surveillée par un expert désigné par le tribunal ?

  La décision précitée répond par la négative, considérant « qu'il n'appartient pas au tribunal de contrôler l'exécution de cette décision ; que les contestations relatives aux exécutions forcées en nature ressortissent au Tribunal de première instance en vertu de l'article 569, 5° du Code judiciaire (*cf.* J. Van Compernolle et G. Closset-Marchal, Examens de jurisprudence (1985 à 1998), n° 234, *R.C.J.B.*, 1999, p. 83) »[35]. Cette problématique rejoint également celle de la prohibition de tout transfert de pouvoir de juridiction à l'expert, que nous examinerons plus en détail sous le point consacré à l'astreinte.

- Que faire si le débiteur décide de ne pas s'exécuter ?

  Le créancier prudent aura veillé à prévoir ce cas de figure en sollicitant du juge la condamnation à des astreintes et/ou l'autorisation de faire exécuter par un tiers l'obligation inexécutée (remplacement judiciaire, articles 1143 et 1144 du Code civil)[36]. La décision précitée du 5 février 2001 accorde ainsi le recours à la faculté de remplacement, soulignant dans ses motifs que « le remplacement judiciaire constitue un mode d'exécution forcée en nature subsidiaire par rapport à l'exécution directe par le débiteur lui-même ». Nous examinerons cette modalité particulière d'exécution en nature sous le point qui lui est spécifiquement consacré. Nous traiterons également sous un point séparé de la problématique des astreintes.

- Que faire si le créancier s'oppose à l'exécution en nature par son débiteur de l'obligation litigieuse ?

  Aucune disposition légale n'institue la mise en demeure par le débiteur de son créancier (*mora creditoris*) sauf en matière d'obligations pécuniaires (art. 1257 du Code civil)[37].

La solution suggérée par la doctrine consiste à raisonner par analogie avec l'inexécution d'obligations portant sur un corps certain. Il suffira dans cette perspective à l'entrepreneur d'adresser au maître de l'ouvrage une mise en demeure indiquant le lieu et le moment où il envisage d'exécuter en nature son obligation. Si cette exécution ne requiert pas la collaboration du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur pourra valablement procéder seul à l'exécution en nature annoncée. Dans le cas contraire, on pourrait imaginer qu'il cite le maître de l'ouvrage afin d'obtenir sa condamnation à recevoir l'exécution, éventuellement sous peine d'astreinte[38]. Cette solution peut revêtir un intérêt pour l'entrepreneur dans le contexte des problématiques liées aux réceptions. L'entrepreneur a en effet tout intérêt à ce que les réparations puissent intervenir le plus rapidement possible et dans les meilleures conditions, afin d'être en position d'obtenir la réception de l'ouvrage. Indépendamment de la problématique des réceptions, on pourrait également imaginer que l'entrepreneur sollicite du juge, comme examiné ci-dessus, qu'il dise pour droit que le maître de l'ouvrage sera déchu de son droit à réparation à défaut de permettre l'exécution des prestations par l'entrepreneur, ou à tout le moins assumera dans ce cas une responsabilité partagée dans le préjudice causé par les désordres.

35. Voy. toutefois la remarque de P. Wery à ce propos qui estime que l'on aurait pu considérer que le débiteur sollicitait une mesure d'instruction après dire droit dans le cadre de laquelle le tribunal saisi serait resté compétent (voy. également les références citées dans un sens favorable à ce procédé et notamment F. Glansdorff et A. Bouche, « Le rôle de l'expert dans la réparation en nature », *Entreprise et droit*, 1986, pp. 48 et s.).

36. P. Wery, *op. cit.*, *R.R.D.*, 2001, p. 289.

37. Offre réelle suivie de consignation qui vaut paiement et libère ainsi le débiteur (voy. à ce propos De Page, *Traité*, 2e éd., t. III, n° 86 et 87, p. 113).

38. Voir à ce sujet la doctrine citée par P. Wery (*op. cit.*, *R.R.D.*, 2001, p. 290). L'auteur cite par ailleurs une autre solution envisagée par le Tribunal de première instance de Bruxelles dans une décision du 11 mai 1999, et consistant, dans le jugement condamnant le débiteur à s'exécuter en nature, à ordonner dans le même temps au créancier de permettre cette exécution (en l'espèce, donner libre accès au chantier) sous peine d'être déchu du droit d'obtenir réparation de son dommage (*Entr. et droit*, 2001, p. 117 et note Lepaffe). P. Wery considère de son côté que l'on aurait pu constater simplement que l'obstruction du créancier constituait une cause étrangère libératoire pour le débiteur, ajoutant que le refus de collaborer à l'exécution de l'obligation pourrait également constituer dans le chef du créancier une violation de ses obligations contractuelles en vertu du principe de l'exécution de bonne foi et partant, autoriserait une résolution du contrat à ses torts avec, le cas échéant, dommages et intérêts.

39. Comm. Charleroi, 20 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1316 ; Mons, 17 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 545.

40. M.-A. Flamme, Ph. Flamme, A. Delvaux, F. Pottier, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1999-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 142 et s.

I.4 Objet de l'exécution directe en nature

11. Exécution intégrale. Sous réserve de l'abus de droit, l'exécution en nature, comme la réparation en nature, implique l'accomplissement de la prestation défaillante et/ou manquante dans son intégralité. Le maître de l'ouvrage a donc le droit d'obtenir qu'il soit pleinement satisfait aux travaux initialement convenus, et n'est pas tenu d'accepter des solutions alternatives qui seraient moins coûteuses pour l'entrepreneur (telle une combinaison entre une réparation et une moins-value pour le préjudice esthétique subsistant)[39].

12. Ouvrages absents et plus-values. L'exécution intégrale de la prestation initialement convenue implique-t-elle la réalisation de travaux non prévus (et par conséquent non exécutés) mais qui s'avèrent indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans son ensemble ? Les examens qui ont été consacrés à la question révèlent qu'en France comme en Belgique, la tendance consiste à faire supporter les coûts des travaux nouveaux à l'entrepreneur lorsque ceux-ci s'avèrent indispensables à la conformité de l'ouvrage[40]. Cette approche est fondée sur la règle

de l'exécution intégrale : le maître de l'ouvrage a le droit de disposer d'un ouvrage complet et fonctionnel. La solution serait toutefois différente si les interventions nouvelles constituent en réalité des améliorations ou des procédés techniques plus modernes [41].

Cette solution semble logique, lorsque l'on évalue le principe de l'exécution intégrale au regard de l'article 1135 du Code civil selon lequel les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Le contrat d'entreprise oblige ainsi non seulement à ce qui y est convenu mais aussi à tout ce que commande une exécution conforme aux règles de l'art. C'est ce que souligne expressément la Cour de cassation dans un arrêt du 2 février 2006 [42], stigmatisant le comportement fautif d'un entrepreneur qui avait installé une chaudière à même le plancher, sans prévoir le placement d'un socle incombustible (quand bien même le placement de cet élément ne faisait pas partie de l'offre) [43].

Il ne saurait dans une telle hypothèse être question d'enrichissement sans cause puisque l'enrichissement trouve son origine dans l'obligation de l'entrepreneur de livrer un ouvrage conforme au contrat et aux règles de l'art. Le même raisonnement aboutit d'ailleurs à rejeter l'octroi de plus-values lorsque les interventions à l'origine desdites plus-values sont réalisées dans le but d'assurer une exécution ou une réparation intégrale de la prestation promise [44].

On notera que la problématique pourrait également dans certains cas être envisagée sous l'angle des vices cachés. Ainsi l'absence de drain périphérique entraînant de l'humidité, alors qu'il en aurait fallu un et que l'entrepreneur le savait ou aurait dû le savoir, peut constituer un vice caché pour le maître de l'ouvrage, même si le placement de ce drain n'était pas formellement repris ni valorisé dans l'offre [45].

13. **Vétusté.** En revanche, lorsque l'intervention permet d'anticiper sur un entretien qui aurait en tout état de cause dû être exposé plus tard par le maître

41. M.-A. Flamme, Ph. Flamme, A. Delvaux, F. Pottier, *op. cit.*, p. 144.

42. *Pas.*, 2006, liv. 2, p. 565 ; dans le même sens, Bruxelles, 22 novembre 2007, *Res. Jur. Imm.*, 2008, p. 322.

43. Pour un commentaire de cette décision, et plus généralement l'étude de l'article 1135 du Code civil, voy. C. Delforge, « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (Article 1135 du Code civil), *in Droit des obligations*, Recyclages en droit du Centre des facultés universitaires catholiques, Anthemis, 2011, 1, p. 73.

44. Voy. les développements consacrés à cette question par M.-A. Flamme, Ph. Flamme, A. Delvaux, F. Pottier, *op. cit.*, nos 152 et s.

45. En ce sens, Cass, 12 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, 35 (dans le cas d'espèce, la Cour a toutefois considéré que la responsabilité de l'entrepreneur ne pouvait être engagée dans la mesure où le maître de l'ouvrage connaissait le vice au moment de la réception).

de l'ouvrage, une déduction pour vétusté devra être appliquée. Comme le souligne le tribunal de commerce d'Hasselt dans un cas où la prestation consistait à repeindre une façade d'un bâtiment industriel : « Le maître de l'ouvrage aurait de toute façon été obligé à un moment donné de repeindre les panneaux en question. Le fait que le maître de l'ouvrage doit maintenant procéder si tôt à cet entretien a pour conséquence que le traitement normal est postposé dans le temps ce qui lui donne un avantage » [46].

I.5 Exceptions à l'exécution directe en nature

I.5.1 L'exécution en nature n'est plus possible ou est devenue inutile

14. **Première hypothèse : le maître de l'ouvrage exige une exécution en nature et l'entrepreneur s'y oppose.** L'entrepreneur pourra échapper à l'exécution en nature s'il parvient à démontrer que celle-ci n'est plus possible (le matériel à installer a été détruit, le produit à mettre en œuvre s'avère ne pas être de qualité suffisante [47], etc.) ou est devenue inutile [48] [49] (l'entrepreneur devait s'exécuter dans un certain délai au-delà duquel la prestation est devenue inutile pour le maître de l'ouvrage (par exemple le placement d'un chapiteau pour un événement particulier)).

15. **(suite) Impossibilité d'exécution.** Le principe général du droit qui sous-tend la disparition de l'obligation du débiteur de s'exécuter en nature est celui de *la caducité des obligations en raison de la disparition de leur objet* [50], qui opère indépendamment de l'idée de faute du débiteur. La Cour de cassation a reconnu l'existence de ce principe général du droit dans un important arrêt du 14 octobre 2004. Elle saisit par ailleurs l'occasion pour souligner, dans la même décision « qu'il n'existe pas de principe général du droit interdisant de poursuivre l'exécution forcée en nature d'une obligation impossible à exécuter en nature » [51].

En d'autres termes, si l'obligation de s'exécuter en nature n'a plus d'objet, l'entrepreneur peut s'y opposer même si cette caducité résulte de sa propre faute, mais il devra répondre dans ce cas de l'obligation nouvelle de réparation envers le maître de l'ouvrage.

L'impossibilité d'exécution en nature ouvre ainsi au maître de l'ouvrage le droit à une réparation par équivalent, sauf bien entendu si cette impossibilité

46. Comm. Hasselt, 13 mai 1992, *Entr. et Dr.*, 1995, p. 15.

47. Comm. Gand, 9 octobre 1991, *T.G.R.*, 1992, p. 47.

48. Cass., 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 136 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370.

49. Voyez les exemples cités par P. Wery, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, *op. cit.*, pp. 230 et s.

50. P.A. Foriers, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 15 et s.

51. *R.C.J.B.*, 2005, p. 717 et note de O. Mignolet, « La révision de l'astreinte : une impossible équation ? ».

résulte d'un cas de force majeure [52] ou du fait fautif du maître de l'ouvrage lui-même, auquel cas soit « *le débiteur est exonéré de son obligation de réparer par équivalent* » [53], soit il supporte une partie de la réparation par équivalent aux côtés de son créancier, comme on l'a vu. En ce sens, l'impossibilité d'exécution en nature recouvre une réalité plus large que l'impossibilité d'exécution de l'obligation entendue comme un cas de force majeure. Elle peut exonérer le débiteur de son obligation de s'exécuter en nature mais pas de celle d'exécuter l'obligation (nouvelle) de réparation qui vient s'y substituer. L'obligation initiale n'a plus d'objet, mais elle laisse ouverte la question de la responsabilité de son débiteur au niveau des dommages et intérêts.

Dans son arrêt précité, la Cour de cassation souligne par ailleurs que le principe général du droit relatif à la caducité de l'obligation par disparition de son objet n'est ni d'ordre public ni impératif. Il ne peut donc être invoqué pour la première fois devant la Cour. Cette jurisprudence mérite de retenir l'attention, puisqu'un fondement juridique inexact pourra conduire, au terme de la procédure, à refuser le bénéfice de l'exception (ce qui peut s'avérer très dommageable si comme dans le cas étudié, la condamnation initiale était assortie d'astreintes).

Signalons enfin que la théorie de l'imprévision n'étant en principe pas admise par la Cour de cassation [54], la primauté de l'exécution en nature sera maintenue même si les circonstances l'ont rendue plus difficile pour le débiteur, sous réserve de l'abus de droit que commettrait le créancier en l'exigeant, comme nous le verrons au point suivant.

16. Inutilité de l'exécution. Cette hypothèse recouvre tous les cas où l'exécution, bien que matériellement encore possible, ne représente plus aucun intérêt

52. Voy. par exemple Bruxelles, 6 février 1985, *J.T.*, 1985, p 390. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Bruxelles a ainsi été amenée à se prononcer sur une affaire où un entrepreneur avait, dans le cadre d'un contrat relatif la construction d'un immeuble, acheté en son nom les ascenseurs destinés à être placés dans l'immeuble. Le contrat d'entreprise ayant été rompu, l'entrepreneur avait invoqué cet événement au titre de cas de force majeure pour être libéré de son engagement d'acheter les ascenseurs. La Cour a considéré qu'il ne pouvait être question de force majeure dans ce cas d'espèce dès lors que l'entrepreneur n'avait à aucun moment lié le contrat de vente des ascenseurs au contrat d'entreprise et qu'en outre, la dissolution de ce contrat ne rendait pas l'exécution de la vente impossible. En revanche, la Cour a considéré que le vendeur des ascenseurs était libéré de son obligation de les installer, vu la disparition du contrat d'entreprise de construction (ce qui a éteint l'obligation corrélative de payer ce placement). Cet arrêt semble sévère par rapport à l'appréciation raisonnable de l'impossibilité d'exécution. S'il est vrai que l'exécution du contrat de vente n'était pas devenue rigoureusement impossible, le fait que les ascenseurs ne puissent plus être placés (ce que constate la Cour), rendait en effet l'opération rigoureusement inutile pour l'acheteur, qui s'exposait par ailleurs à un préjudice important à supposer qu'il puisse prouver l'impossibilité de placer ces ascenseurs dans le cadre d'un autre chantier.

53. Comm. Liège, 10 mars 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 462.

54. Voy. toutefois la possible évolution amorcée par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, 1590 (pour un commentaire de cet arrêt, voy. J-F Germain et Y. Ninane, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *in Droit des obligations*, Recyclages en droit du Centre des facultés universitaires catholiques, Anthemis, 2011, 1, pp. 147 et s.

pour le créancier. En réalité, elle se confond avec l'impossibilité d'exécution analysée sous l'angle de la caducité de l'obligation. Si l'exécution de l'obligation est devenue inutile, elle devient en effet sans objet. On retrouve ici le principe d'utilité qui traverse la matière contractuelle [55], et que l'on retrouve au niveau de la définition même de l'objet du contrat [56], de l'appréciation de l'impossibilité d'exécution en cas de force majeure [57], ou de la gravité du manquement en matière de résolution [58].

17. Situations d'incompatibilité. Il existe selon nous des situations particulières où l'exécution directe en nature demandée à un intervenant dans le cadre d'un ouvrage, peut être contradictoire avec une demande ayant le même objet et adressée parallèlement à un autre intervenant dans le cadre du même ouvrage. Ainsi par exemple en matière de promotion immobilière, l'acheteur du bien dispose en principe des actions en responsabilité décennale et pour défauts véniels dont le maître de l'ouvrage (promoteur) dispose à l'égard de l'entrepreneur, tout en conservant par ailleurs le bénéficie de ses actions contre le promoteur directement [59]. Si dans ces conditions, l'acquéreur du bien utilise le bénéfice de ces deux actions pour solliciter du promoteur et de l'entrepreneur la condamnation à remédier en nature aux malfaçons constatées, l'obligation d'exécution en nature pose un problème de comptabilité d'objets. En effet, soit l'entrepreneur s'exécute en nature, à l'exclusion du promoteur, soit le promoteur est tenu de le faire, et devra dans ce cas faire exécuter les travaux, et donc remplacer son propre entrepreneur. La seule solution envisageable nous semblerait que l'acquéreur sollicite à titre principal soit la condamnation de l'entrepreneur à s'exécuter en nature (avec le cas échéant une demande subsidiaire de condamnation du promoteur à le faire remplacer), soit la condamnation directe du promoteur à (faire) exécuter les travaux. La problématique est bien entendu particulièrement aiguë lorsque des astreintes sont sollicitées pour deux condamnations en nature qui ne peuvent être matériellement exécutées concomitamment.

18. Seconde hypothèse : l'entrepreneur exige une exécution en nature et le maître de l'ouvrage s'y oppose. Comme dans le cas précédent, le maître de l'ouvrage pourra bien entendu s'opposer avec succès à une offre d'exécution en nature de

55. P.A. Foriers, « L'utile et l'inutile en droit privé. Observations sans prétentions », *in Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 41 et s.

56. De Page, Traité, T.I., 3e édition, nos 83 et s.

57. J-F Germain et Y. Ninane, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *in Droit des obligations*, Recyclages en droit du Centre des facultés universitaires catholiques, Anthemis, 2011, 1, pp. 84 et s.

58. J-F Germain, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques », *R.G.D.C.*, 2006, liv. 8, 456-466.

59. Sur ces questions, voy. B. Kohl, « Le promoteur », *in Guide de droit immobilier*, t. 2, Kluwer, 2009, IV.4.3.-16.

l'entrepreneur s'il démontre qu'une telle exécution n'est pas possible ou est devenue inutile.

Il nous semble en outre que le maître de l'ouvrage pourra s'y opposer également s'il établit que l'exécution proposée par l'entrepreneur n'est pas pleinement *satisfactoire*, c'est-à-dire ne rencontre pas rigoureusement l'objet de l'obligation initialement convenue. En tant que bénéficiaire de l'obligation inexécutée, le maître de l'ouvrage est en effet en droit d'exiger que celle-ci soit conforme en tous points à ce qui avait été convenu, sous réserve bien entendu de l'abus de droit. Comme le rappelle la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 12 décembre 2005 [60] « la primauté de l'exécution en nature de l'obligation contractuelle a pour conséquence que le débiteur peut l'imposer au créancier, même lorsque celui-ci postule une condamnation à des dommages et intérêts, pour autant que cette exécution soit toujours possible et satisfactoire pour le créancier ».

C'est en ce sens que plusieurs décisions reconnaissent au maître de l'ouvrage le droit de s'opposer à une offre d'exécution en nature de l'entrepreneur dans toutes les hypothèses où l'on peut objectivement considérer que la prestation ne rencontrera pas le niveau d'exigence de ce qui avait été initialement convenu. Il en va notamment ainsi :

(i) lorsque l'entrepreneur a déjà démontré son incapacité à remédier aux malfaçons constatées [61] ; par exemple s'il a déjà tenté, sans succès, de réaliser les corrections qui s'imposaient [62] (c'est selon nous dans ce type de situation que l'on pourra valablement invoquer une « perte de confiance » en l'entrepreneur) ;

(ii) lorsque la solution technique proposée apparaît plus risquée ou de moindre qualité que la prestation initialement convenue [63].

Il nous paraît dès lors justifié de faire une distinction entre les deux hypothèses précitées en considérant que le maître de l'ouvrage peut s'opposer à l'exécution en nature s'il démontre qu'une exécution *satisfactoire* n'est plus possible ou utile, tandis que l'entrepreneur pourra se prévaloir uniquement de l'impossibilité d'exécution, indépendamment de son caractère satisfactoire ou non (puisque par hypothèse, si le maître de l'ouvrage sollicite l'exécution en nature, c'est qu'il l'estime satisfactoire).

60. *J.T.*, 2005, p. 188.

61. Liège, 18 mai 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 411 ; Bruxelles, 26 novembre 1998, *Entr. et Dr.*, 1999, p. 322.

62. Liège, 4 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 946.

63. Voy. décisions citées *in* M.-A. Flamme, Ph. Flamme, A. Delvaux, F. Pottier, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence. 1990-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 145.

I.5.2 L'exécution en nature est constitutive d'abus de droit

19. **Notion et fondement.** L'exécution en nature est écartée si elle est constitutive d'abus de droit [64]. L'abus de droit lors de l'exécution de la convention peut être défini comme « l'exercice de droits d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ces droits par une personne prudente et diligente » [65].

Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions (article 1134, al. 3 du Code civil) est clairement désigné comme le fondement de l'abus de droit en matière contractuelle [66]. Il confère au juge un pouvoir modérateur lui permettant de contrer l'exercice abusif par le créancier de ses droits [67].

20. **Critères d'appréciation.** Le critère d'appréciation générique est donc « le dépassement manifeste de l'exercice normal d'un droit » [68]. Ont notamment été retenus comme des manifestations de ce critère :

(i) l'exercice d'un droit conférant au créancier un avantage disproportionné à la charge corrélative de l'autre partie [69] ;

(ii) l'exercice d'un droit dans le but exclusif de nuire au débiteur [70] ;

(iii) le choix, entre divers modes d'exécution d'un droit, de celui qui est le plus dommageable pour le débiteur [71] ;

64. Voy. not. Cass., 6 janvier 2011, C090624F, www.juridat.be ; Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 ; Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1295 ; Cass., 21 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 926 ; Cass., 1er février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 158 ; Cass., 8 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 778 et note A. Van Oevelen.

65. Cass., 8 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 778.

66. Mons, 13 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 770.

67. S. Stijns, D. van Gerven et P. Wery, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 704 ; P. Foriers, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *in R.C.J.B.*, 1994, pp. 202 et s.

68. S. Stijns, D. van Gerven et P. Wery, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995), *J.T.*, 1996, p. 707.

69. Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, 1295 ; Liège, 21 décembre 2001, J.T., 2002, p. 564 (« Une partie poursuivant l'exécution d'un contrat devenu radicalement déséquilibré dans son économie au grand désavantage du cocontractant, pourrait en effet être considérée comme abusant de son droit ») ; Comm. Anvers, 14 novembre 1997, R.D.C., 1998, p. 199.

70. Liège, 29 avril 1988, R.R.D., 1988, p. 263 ; Liège, 21 décembre 2001, J.T., 2002, p. 564 (« Le principe d'exécution de bonne foi des conventions s'oppose à ce que le créancier, malgré le bouleversement de l'économie contractuelle que les deux parties pouvaient prévoir, continue d'exiger le respect de l'accord primitif allant jusqu'à la ruine du débiteur »).

71. Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 602 ; Civ. Bruxelles, 20 décembre 1999, *T. Not.*, 2001, p. 277, évoquant le cas du bailleur qui « *ne tient aucun compte, lors de la demande de poursuite sans formalité de la location, des solutions alternatives possibles et raisonnables (...)* ».

(iv) l'exercice d'un droit causant un préjudice au débiteur sans que le créancier puisse justifier d'un intérêt légitime [72].

En cas d'abus de droit, le débiteur subit un dommage consistant à supporter « *les conséquences préjudiciables résultant de l'exercice anormal du droit en cause.* » [73].

Le juge pourra donc sanctionner le créancier par la réduction de son droit à son usage normal [74].

Dans le secteur de la construction, il s'agira bien souvent de substituer à la demande d'exécution ou de réparation en nature poursuivie par le maître de l'ouvrage, qui impliquerait des coûts extrêmement importants en raison par exemple de la nécessité de détruire tout ou partie de l'ouvrage, une réparation par équivalent sous la forme de moins-values [75].

L'abus de droit, dans la mesure où il engage la responsabilité de son auteur, pourra également donner lieu au paiement de dommages et intérêts [76].

I.5.3 *Nemo potest praecise cogi ad factum*

21. Prohibition de la contrainte physique. On ne peut contraindre une personne à exécuter un fait déterminé contre son gré [77]. La prohibition de la contrainte physique sur la personne du débiteur est un principe général de droit [78].

22. Distinction entre la condamnation et son exécution. Cet énoncé appelle une précision importante : c'est bien l'*exécution forcée* en nature d'une obligation de faire ou de ne pas faire qui est visée ici, et non l'*exécution en nature*

72. Cass., 30 janvier 2003, C000632 F (publié sur www.juridat.be) : « (...) Il peut y avoir abus de droit lorsqu'un droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant » ; Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 475 ; Bruxelles, 13 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 632 (« À partir du moment où l'offre d'un tiers de poursuivre l'exécution d'un contrat est faite légitimement et que cette poursuite est réalisable, le refus du créancier d'y faire droit *sans fournir de motif valable à l'appui de son refus* est abusif et viole le principe d'exécution de bonne foi des conventions. ») ; Trib. Mons, 3 avril 1988, *J.T.*, 1989, p. 479.

73. P. A Foriers, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1994, p. 217.

74. Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472 ; Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728. La réparation peut également consister à priver purement et simplement le créancier du droit de se prévaloir d'une clause contractuelle qu'il entend mettre abusivement en œuvre (Cass., 8 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 778).

75. Pour des exemples de décisions, voy. M.-A. Flamme, Ph. Flamme, A. Delvaux, F. Pottier, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence. 1990-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 145.
R.G.D.C., 2004, p. 217.

76. S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wery, *op. cit.*, et références citées, notamment en matière de contrats synallagmatiques, où l'abus de droit du créancier, constitutif de faute, peut fonder la demande de la victime de l'abus en résolution du contrat synallagmatique aux torts du créancier.

77. B. Dubuisson et M. Fontaine, *op. cit.*, p. 209.

78. Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 692.

proprement dite, qui en est une modalité. En d'autres termes, un juge peut parfaitement condamner un entrepreneur à exécuter en nature une obligation de faire ou de ne pas faire [79] ; ce n'est qu'au stade de l'exécution forcée de cette décision que le maître de l'ouvrage se heurtera, le cas échéant, à la prohibition de contrainte physique sur la personne de l'entrepreneur si celui-ci refuse d'obtempérer et obtiendra alors éventuellement des dommages et intérêts à titre subsidiaire, pourvu qu'il les ait sollicités [80].

C'est ce principe qu'exprime, certes maladroitement [81], l'article 1142 du Code civil : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Les termes « en cas d'inexécution de la part du débiteur » pourraient laisser croire que l'exécution en nature est exclue dès le moment où l'obligation est inexécutée [82]. En réalité, il n'en est rien : cette interdiction ne s'impose au créancier qu'au stade ultime de l'exécution forcée, à savoir lorsqu'il met en œuvre les voies d'exécution en vue d'obtenir concrètement de son débiteur ce que le juge a ordonné. C'est à ce moment-là que « l'inexécution » visée par l'article 1142 du Code civil se résoudra par des dommages et intérêts, à défaut de pouvoir contraindre « physiquement » le débiteur à exécuter sa condamnation [83].

La Cour de cassation a rappelé le même principe dans son arrêt du 30 janvier 2003 [84], où elle considère que le juge du fond ne peut, au nom de la

79. *Contra* : Anvers, 4 mai 1992, *Turnhout Rechtsleer*, 1992, p. 116.

80. Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1981, p. 1358 (en l'espèce, la Cour applique ce principe à l'autorité administrative : « Les Cours et Tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à cette autorité, lorsqu'aux fins de rétablir entièrement les droits de la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'Administration les mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable ». La Cour de cassation précise toutefois dans la foulée, illustrant ainsi la distinction que nous venons d'évoquer entre l'exécution en nature et son exécution forcée, que la condamnation de l'État belge à s'exécuter en nature ne pourra faire l'objet d'une exécution forcée contre son gré en vertu de la séparation des pouvoirs et de l'immunité des biens d'une personne publique.

81. De Page, *Traité*, 2e éd., t. III, n° 96, p. 123. On renverra à ce propos à la remarquable analyse par P. Wery des multiples interprétations dont l'article 1142 du Code civil a fait l'objet ainsi que de la polysémie dont souffre le terme « exécution forcée », source de la plupart des confusions (P. Wery, *L'exécution en nature des obligations contractuelles*, *op. cit.*, pp. 352 et s.).

82. Certains considérant alors que le créancier doit obligatoirement et directement se contenter de dommages et intérêts (Anvers, 4 mai 1992, *Turrnhout Rechtsleer*, 1992, p. 116), d'autres limitant cette hypothèse aux situations où l'obligation de faire ou de ne pas faire présente un caractère *intuitu personae* et où l'exécution en nature consisterait par la force des choses à contraindre la personne du débiteur, qui est seul à même d'exécuter l'obligation litigieuse.

83. Civ. Bruxelles, 1er mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 250 « Attendu que la portée de l'article 1142 du code civil a été clairement circonscrite au stade de l'exécution forcée des obligations de faire impliquant une contrainte physique sur la personne (...) Que, partant, le juge ne viole ni l'article 1142 du code civil ni cette maxime en enjoignant au débiteur de s'exécuter en nature ; que la portée réelle de l'article 1142 du code civil et de l'adage se situe seulement au stade de l'exécution forcée, pour interdire qu'on ait recours à la force publique afin de le contraindre à s'exécuter (...) ».

84. *R.G.D.C.*, 2004, p. 405.

liberté individuelle, refuser au bailleur la possibilité d'imposer, le cas échéant sous astreinte, l'occupation d'un immeuble par un locataire qui s'y refuse

I.6 Modalités particulières de mise en œuvre de l'exécution directe en nature

I.6.1 Le remplacement

A. Rappel des principes

23. Définition et portée. Conformément aux articles 1143 et 1144 du Code civil, le créancier d'une obligation inexécutée peut demander au juge de l'autoriser à faire exécuter l'obligation par lui-même ou par un tiers aux frais du débiteur [85]. Selon la Cour de cassation, les articles précités sont l'expression d'un principe général du droit applicable à tout type d'obligation, contractuelle ou non contractuelle : le remplacement judiciaire [86].

24. Mode d'exécution en nature de l'obligation. Le remplacement judiciaire constitue « un mode d'exécution forcée en nature subsidiaire par rapport à l'exécution directe par le débiteur lui-même » [87].

Contrairement à certaines idées reçues, le remplacement judiciaire n'est donc pas une forme particulière de réparation par équivalent de l'obligation [88]. Il s'agit bien d'un mode d'exécution en nature des obligations contractuelles. On ne peut donc suivre les décisions de justice, encore nombreuses, qui continuent à présenter ce mécanisme comme un mode de réparation par équivalent, à l'image du jugement rendu le 2 juillet 2008 par le tribunal de commerce de Hasselt [89] qui énonce que « si le créancier veut maintenir les travaux en partie et les faire terminer par un tiers, il réclame l'exécution par équivalent. »

85. Cette matière a fait l'objet d'une très importante production doctrinale témoignant de ses aspects multiples dans les détails desquels la présente contribution n'a pas vocation à entrer (voy. not. : P. Van Ommeslaghe, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 204 et s. ; P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, pp. 363 et s. ; S. Stijns, D. van Gerven et P. Wery, «Chronique de jurisprudence. Les obligations », *J.T.*, 1995, p. 432 ; P. Wery, « Une forme d'exécution en nature trop peu connue : le remplacement judiciaire », *R.R.D*, 1995, p. 60 ; S. Stijns et H. Vuye, « La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de continuité du service public », *R.G.D.C.*, 1999, p. 615 ; M. Coipel, « Théorie générale des contrats : Portée et validité des clauses contractuelles relatives aux conséquences de l'inexécution du contrat », *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., vol. III, 31.1 ; P. Wery, « Condamnation pécuniaire, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extra-contractuelle », *J.T.*, 1995, p. 429 ; P. Wery, « Le remplacement judiciaire et l'astreinte », *R.R.D.*, 1999, p. 297.

86. Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80.

87. Comm. Marche-en-Famenne, 5 février 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 234 et note P. Wery.

88. P. Wery, « Une forme d'exécution en nature trop peu connue : le remplacement judiciaire », *R.R.D.*, 1995, p. 61 et références citées.

89. Comm. Hasselt (1re ch.) n° 08/1820, 2 juillet 2008, *Limb. Rechtsl.*, 2008, liv. 4, p. 343.

25. (suite) Première conséquence : le remplacement n'est pas associé à la dissolution du contrat. Comme le rappelle le tribunal de commerce de Mons dans une décision du 30 mars 2010 [90] « le remplacement unilatéral de l'entrepreneur n'est pas une forme de dissolution du contrat mais bien un mode d'exécution forcée en nature de la convention ». Cette précision n'est pas dépourvue d'un intérêt pratique : s'agissant d'un mode d'exécution en nature, le remplacement judiciaire ne nécessite pas, et même exclut, que l'on demande préalablement la résolution du contrat [91]. Or l'on sait, particulièrement dans le secteur de la construction, combien la solution radicale de la résolution peut s'avérer pénalisante pour la partie victime du manquement de son cocontractant, et ce même dans le cas où la résolution pourrait théoriquement être prononcée sans recours judiciaire préalable. Les effets d'une résolution sont en effet complexes et susceptibles de générer plus d'inconvénients qu'ils n'offrent d'avantages pour le maître de l'ouvrage (sort des garanties, mécanismes de décomptes et de restitutions, nouveaux appels d'offre, etc.).

Le remplacement laisse en revanche intact le rapport contractuel initial, ce qui implique par exemple que les clauses relatives aux intérêts moratoires continueront à s'appliquer à l'entrepreneur initial (ce qui ne serait pas le cas en matière de résolution) mais qu'en revanche, les clauses pénales sanctionnant la fin du contrat ne pourront pas être invoquées.

26. (suite) Seconde conséquence : le remplacement est un droit pour le maître de l'ouvrage. Autre intérêt pratique : en tant que mode d'exécution en nature, le remplacement constitue un *droit* pour le maître de l'ouvrage [92]. Ainsi, le juge doit-il autoriser le maître de l'ouvrage à faire exécuter les travaux par un tiers aux frais de l'entrepreneur [93]. Bien entendu, s'agissant d'un mode subsidiaire d'exécution en nature, la priorité devra être réservée à l'entrepreneur initial qui formulerait une offre satisfactoire d'exécution. Si en revanche il est acquis que ce dernier ne s'exécutera plus (comme par exemple en cas d'abandon de chantier), le remplacement peut parfaitement être sollicité à titre principal [94].

90. *R.G.D.C.*, 2011, p. 91.

91. P. Van Ommeslaghe, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 204 ; M. Fontaine, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive », *R.C.J.B.*, 1991, p. 31, n° 113 ; P. Wery, « Une forme d'exécution en nature trop peu connue : le remplacement judiciaire », *R.R.D.*, 1995, p. 64.

92. S. Stijns, D. van Gerven et P. Wery, *op. cit*, *J.T.*, 1996, p. 722, faisant référence à Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80 et à Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370.

93. Les exemples sont innombrables, particulièrement en matière de contrat d'entreprise. Voyez à titre d'exemples Cass., 14 avril 1994, *Act. Dr.*, 1996, p. 23 ; J.P. Gand, 29 juin 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 119.

94. P. Wery, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Diegem, Kluwer, 1993, p. 248.

Comme le souligne P. Wery, ce droit pourrait dans certains cas se muer en devoir : lorsqu'il est acquis que l'entrepreneur ne s'exécutera pas, le maître de l'ouvrage doit prendre toutes les mesures raisonnables propres à limiter son dommage, au rang desquelles peut figurer l'obligation de trouver un remplaçant [95].

27. **(suite) troisième conséquence : le remplacement ne nécessite pas obligatoirement un manquement grave de l'entrepreneur.** Enfin, le remplacement judiciaire ne suppose pas que l'on prouve le manquement grave de l'entrepreneur (comme en cas de résolution) puisque le maître de l'ouvrage demande seulement l'exécution en nature de l'obligation. Il s'agit alors pour le maître de l'ouvrage de se limiter à prouver un manquement, même léger, imputable à l'entrepreneur [96]. De façon relativement étonnante, les cours et tribunaux perdent fréquemment de vue cet aspect, et imposent au demandeur en remplacement qu'il prouve le manquement grave de son débiteur, à l'image du jugement du tribunal de commerce de Mons du 30 mars 2010 [97], où le tribunal énonce que « l'existence d'un manquement grave ou d'une défaillance flagrante et l'urgence d'une solution rapide constituent les deux conditions de fond » [98].

Même en cas de remplacement unilatéral, l'exigence de gravité ne procède pas réellement du manquement en tant que tel mais plutôt de l'urgence de la situation, qui nécessite que les conséquences du manquement dans le cadre de l'ouvrage soient réparées au plus tôt [99].

28. **Remplacement et délai d'exécution.** On a vu que le remplacement constitue un mode *subsidiaire* d'exécution en nature, la primauté revenant à l'exécution en nature par le débiteur lui-même de ses obligations [100]. C'est ainsi que parmi les décisions autorisant le remplacement judiciaire, nombreuses sont celles qui accordent d'autorité à l'entrepreneur un dernier délai pour s'exécuter personnellement. Cela exclut-il pour autant que le maître de l'ouvrage puisse

95. P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *in Les obligations contractuelles*, Bruxelles, CJBB, 2000, p. 373.

96. P. Wery, « Une forme d'exécution en nature trop peu connue : le remplacement judiciaire », *R.R.D.*, 1995, p. 64.

97. Comm. Mons (1re ch.) n° A/9/547, 30 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2011, liv. 2, p. 91 ; dans le même sens, Mons, 22 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2010, p. 38 ; Comm. Charleroi, 23 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 501.

98. Voy. également les décisions citées *in* M.-A. Flamme, Ph. Flamme, A. Delvaux, F. Pottier, *op. cit.*, n° 596 et s.

99. *Cf. infra*, point C.

100. Civ. Neufchâteau, 26 octobre 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 56 et note P. Wery (« La demande d'autorisation, formulée par les maîtres de l'ouvrage, fondée sur les articles 1143 et 1144 du code civil, de faire détruire et de reconstruire, aux frais des défendeurs, les ouvrages, doit être écartée lorsque l'entrepreneur ou le sous-traitant offre de s'exécuter de manière satisfactoire. Un expert judiciaire est toutefois chargé de suivre la correcte exécution des travaux et de prévenir ou de traiter au mieux le contentieux relatif à celle-ci. »).

solliciter le remplacement à titre principal, sans laisser une ultime chance au débiteur ? Pierre Van Ommeslaghe répond par la négative : le maître de l'ouvrage doit pouvoir introduire une demande de remplacement à titre principal lorsque les circonstances témoignent de « *l'ampleur des défaillances du débiteur, son incompétence manifeste, sa mauvaise foi ou l'impossibilité pour lui d'exécuter l'obligation* » [101].

29. **Limites.** Le droit du créancier au remplacement n'est pas absolu. Il est tout d'abord soumis aux limites qui s'imposent à toute demande d'exécution en nature d'une obligation : ainsi, l'exécution en nature sera écartée si elle n'est pas possible ou utile [102], ou si elle constitue un abus de droit dans le chef du maître de l'ouvrage [103].

Ensuite, le créancier ne pourra solliciter le remplacement si l'obligation inexécutée est strictement personnelle au débiteur [104].

S'agissant du secteur public, la Cour de cassation, après l'avoir exclue au nom de la continuité des services publics [105], a reconnu au créancier la faculté de remplacement judiciaire envers une personne publique [106], sauf (hormis les exclusions générales) lorsque ce remplacement met en danger la continuité du service public [107].

Signalons enfin une limite d'opportunité. Bien que dans de nombreux cas, le remplacement apparaisse comme une solution sûre, rapide et efficace, il ne faut pas perdre de vue qu'il peut parfois impliquer également des contraintes importantes, susceptibles de pénaliser le bon déroulement du chantier dans son ensemble. Si l'on prend l'exemple de contrats complexes de promotion immobilière, la décision de procéder à un remplacement de l'entrepreneur général nécessitera dans la plupart des cas un nouvel appel d'offre, un nouveau cahier des charges, des nouveaux métrés, etc., et l'entrepreneur général devra faire de même vis-à-vis des sous-traitants, avec toute la difficulté d'obtenir des remises

101. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 836 ; dans le même sens : P. Wéry, « Une forme d'exécution en nature trop peu connue : le remplacement judiciaire », *R.R.D.*, 1995, p. 63.

102. *Cf. supra* C.1.c. Pour un exemple en matière de remplacement judiciaire, voyez Civ. Turnhout, 21 janvier 1988, *Turnhout rechtsleer*, 1992, p. 115 (« L'autorisation accordée au créancier de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur (article 1144 du Code civil) ne peut être accordée que pour autant qu'une exécution par un tiers soit possible *in concreto* »).

103. *Cf.* P. Wéry, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, *op. cit.*, p. 113.

104. Pour une analyse de la notion d'obligation personnelle, voy. S. Stijns et H. Vuye, « La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de continuité du service public », *R.G.D.C.*, 1999, pp. 620 et s.

105. Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 1341.

106. Cass., 24 avril 1998, *R.R.D.*, 1998, p. 316.

107. Sur cette question, voyez S. Stijns et H. Vuye, *op. cit.*, pp. 615 et s.

d'offre sur un chantier par hypothèse litigieux (les remplaçants refusant notamment de prendre le risque des garanties sur des ouvrages dont ils achèveraient l'exécution). L'exécution en nature par l'entrepreneur initial, le cas échéant sous peine d'astreintes, est souvent plus appropriée dans de telles situations.

B. Procédure et suivi du contentieux

30. **Intervention du juge.** Sur un plan procédural, le remplacement nécessite un recours préalable au juge (articles 1143 et 1144 du Code civil) [108].

31. **Aspects pratiques du contentieux.** P. Wery observe que le remplacement judiciaire peut dans ce cadre donner lieu à un important contentieux « *après dire droit* » [109].

Quid en effet si l'entrepreneur conteste le coût du remplacement ?

Le recours à un technicien chargé de surveiller les opérations de remplacement peut s'avérer une réponse adéquate [110]. Par ailleurs, il faudra veiller à ce que le juge détermine clairement que les frais de remplacement seront payables par l'entrepreneur sur simple présentation des factures, ce qui permettra au maître de l'ouvrage, en cas de contestation, de disposer sur la base du jugement d'un titre exécutoire relatif à une créance certaine, liquide et exigible, ce pour peu qu'il ait agi « avec prudence et de bonne foi » dans le cadre du remplacement [111].

Une autre difficulté provient du fait que le maître de l'ouvrage doit en règle générale faire l'avance des frais de remplacement, s'exposant ainsi à un risque d'insolvabilité ultérieure du débiteur. Le maître de l'ouvrage prudent veillera donc à solliciter du juge le paiement d'une provision par l'entrepreneur pour couvrir les frais de remplacement [112]. Il pourra également être indiqué de solliciter l'autorisation de pouvoir travailler en régie, pour faciliter la remise d'offres d'entrepreneurs souvent réticents à intervenir sur des chantiers en cours.

Signalons également que dans le cadre d'un remplacement judiciaire, rien n'interdit que l'on sollicite du juge qu'il combine sa décision de remplacement avec une astreinte, en imposant à l'entrepreneur de s'exécuter dans un certain délai, sous peine d'astreinte et sous peine de remplacement [113]. L'astreinte pourrait

108. Voy. not. Comm. Charleroi, 9 juin 1999, *Cahier de droit immobilier*, 1999, Liv. V, p. 15 ; Comm. Hasselt, 14 novembre 1995, *R.W.*, 1999-2000, p. 132 ; J.P. Gand, 29 juin 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 119 ; Liège, 24 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 698 ; Comm. Charleroi, 23 déc. 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 501.

109. P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 365.

110. F. Glansdorff et A. Bouché, « Le rôle de l'expert dans la réparation en nature », *Entr. et dr.*, 1986., pp. 48 à 54.

111. P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 366 et références citées.

112. *Ibidem.*

113. J.P. Jumet, 16 fév. 1999, *R.R.D.*, 1999, p. 296 et note P. Wery.

également être utilisée contre le maître de l'ouvrage qui doit « laisser faire » pour permettre l'exécution des opérations de remplacement [114].

C. Remplacement unilatéral

32. **Cas exceptionnels.** Dans des cas exceptionnels, l'intervention préalable du juge n'est pas requise. Ces cas dérogatoires se sont, dans un premier temps, manifestés dans les usages en vigueur en matière de ventes commerciales de marchandises et de contrats d'entreprise (« mesures d'office ») [115]. Ils sont aujourd'hui étendus à toute espèce de contrat. [116]

33. **(Suite) Conditions.** On retiendra que ces situations dérogatoires sont soumises à plusieurs conditions exposées ci-après [117]. Le maître de l'ouvrage veillera à respecter scrupuleusement ces conditions, les mesures qui consistent à se faire justice à soi-même devant être interprétées restrictivement et étant exécutées aux risques et périls de leur auteur [118]. Comme le relève la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 21 février 2008, le maître de l'ouvrage qui aurait fautivement recouru au remplacement s'expose en effet à des sanctions de l'entrepreneur pouvant aller jusqu'à la résolution du contrat et l'indemnisation du préjudice subi en raison du remplacement.

Urgence. La situation d'urgence doit être telle que le recours préalable au juge ferait perdre au remplacement tout intérêt pratique : le maître de l'ouvrage doit trouver une solution rapide et efficace qui implique une dispense de recours judiciaire préalable.

Constatation contradictoire de l'état des choses et du manquement de l'entrepreneur avant le remplacement. Le maître de l'ouvrage qui fait usage de la faculté de remplacement doit prendre toutes les mesures qui permettront un contrôle efficace du juge *a posteriori* et un exercice correct des droits de la défense [119]. Cette constatation est contradictoire ou judiciaire.

114. Par exemple, si les opérations de remplacement doivent être exécutées sur un terrain appartenant au débiteur (P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 367).

115. Voy. not. P. Van Ommeslaghe, *R.C.J.B.*, *op. cit.*, 1986, pp. 205 et s. ; M. Fontaine,, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 32 et s. ; S. Stijns, D. van Gerven et P. Wery, *op. cit.*, p. 723 ; A. Van Oevelen, « Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen », *R.W.*, 1994-1995, p. 799.

116. Voy. sur ce point P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 834.

117. A. Van Oevelen, « Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen », *R.W.*, 1994-1995, II, p. 798 ; P. Van Ommeslaghe, « La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles », *T.P.R.*, 1984, pp. 202 et s. ; S. Stijns, D. van Gerven et P. Wery, *op. cit.*, p. 723 ; M. Fontaine, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques », *R.C.J.B.*, 1991, p. 36 ; Comm. Hasselt, 14 novembre 1995, *R.W.*, 1999-2000, p. 132 ; Comm. Charleroi, 23 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 502.

118. Liège, 24 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 698.

119. Comm. Mons (1re ch.) n° A/9/547, 30 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2011, liv. 2, p. 91 ; Comm. Charleroi, 23 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 502.

S'agissant du constat du manquement du débiteur, il convient de rappeler ici que le maître de l'ouvrage ne doit pas se ménager la preuve d'un manquement grave dans le chef du débiteur [120]. Mettre à sa charge une telle obligation serait faire preuve d'un excès de parallélisme avec les conditions de résolution unilatérale d'un contrat synallagmatique sans recours préalable au juge. Cette confusion se retrouve souvent en doctrine et en jurisprudence [121]. Elle ne se justifie pas : la faculté de remplacement est, comme on l'a vu, une modalité particulière de l'exécution en nature par le débiteur de son obligation. À ce titre, elle ne nécessite pas que le maître de l'ouvrage prouve un manquement grave mais simplement une inexécution de l'obligation. Le remplacement maintient d'ailleurs le lien contractuel avec l'entrepreneur initial, alors qu'un manquement d'un niveau de gravité tel que celui exigé en matière de résolution provoquerait une rupture de confiance [122], rendant en principe impossible la poursuite de la collaboration [123].

Le manquement doit en effet exprimer une détérioration inéluctable des liens de confiance devant présider aux relations contractuelles [124]. Telle n'est pas nécessairement la situation en cas de remplacement, où rien ne semble d'ailleurs exclure que l'entrepreneur initial soit amené à intervenir pour d'autres travaux en cours dans le cadre du même chantier. Il est au demeurant admis que si, dans le cadre du recours au remplacement, l'exécution en nature s'avère

120. P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, pp. 372 et 373.

121. Comm. Mons (1re ch.) n° A/9/547, 30 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2011, liv. 2, p. 91 ; dans le même sens, Mons, 22 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2010, p. 38 ; Comm. Charleroi, 23 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 501.

122. S. Stijns fait d'ailleurs expressément référence au problème de la perte de confiance entre cocontractants et souligne que dans cette hypothèse également le critère de l'utilité économique (critère fédérateur pour l'appréciation de la gravité du manquement) doit trouver à s'appliquer, même si la perte de confiance résulte d'un manquement anodin (S. Stijns, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten,* Maklu Uitgevers, Antwerpen, 1994, p. 269).

123. C'est particulièrement le cas en matière de contrats de services, conclus *intuitu personae*, et dont l'exécution « requiert une collaboration étroite et une atmosphère de confiance » (Y. Merchiers, « La fin des contrats de services », *Les contrats de services*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, p. 311). On peut également citer le cas soumis au Tribunal de commerce de Namur d'un employé de l'une des parties contractantes qui avait tenté de « corrompre » le client de l'autre partie (pour lequel il travaillait en sous-traitance) afin d'obtenir des avantages à l'insu de son cocontractant (Comm. Namur, 20 décembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 511 (en l'espèce, le Tribunal constate toutefois que la corruption n'est pas établie mais admet en son principe qu'un tel comportement aurait pu justifier une résolution compte tenu de la perte de confiance qu'il aurait entraînée)) ; dans le même sens, voir Bruxelles, 10 novembre 1998, *J.T.*, 1989, p. 92 ; Gand, 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-1991, p. 705 et s. ; M. Fontaine, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques », *R.C.J.B.*, 1991, p. 28.

124. Comm. Gand, 12 octobre 1995, R.G., 508/91 (manquements répétés du concédant dans l'exécution des commandes passées dans le cadre de la concession) et Comm. Bruxelles, 14 novembre 1995, R.G. 1994/AR/3011 (décisions citées par P. Hollander et P. Kileste, « Examen de jurisprudence. La Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1992 à 1997) », *R.D.C.*, 1998, p. 13)).

impossible, le maître de l'ouvrage puisse encore solliciter la résolution du contrat à l'encontre de l'entrepreneur initial [125].

L'exigence de gravité en matière de remplacement unilatéral, devrait nous semble-t-il plutôt être envisagée « dans sa répercussion immédiate sur l'utilisation de l'ouvrage réalisé ou sur l'économie du contrat » [126]. Dans cette optique, ce qui sous-tend le remplacement unilatéral, « c'est la nécessité de faire face à une situation appelant des remèdes rapides » plutôt que la gravité intrinsèque du manquement en tant que tel.

Mise en demeure. L'intention du maître de l'ouvrage de recourir à la faculté de remplacement doit être notifiée à l'entrepreneur dans une mise en demeure, aux termes de laquelle ce dernier doit pouvoir bénéficier d'un ultime délai pour s'exécuter [127].

Bonne foi. Le remplacement doit intervenir dans le délai prévu par la mise en demeure et selon des modalités qui permettent au débiteur d'en vérifier les conditions [128]. Il doit en outre être exécuté de bonne foi : le remplacement doit rester dans les limites des prestations mises à charge de l'entrepreneur [129] et l'intervention effective du remplaçant doit être notifiée à l'entrepreneur, afin d'éviter que celui-ci ne mette en œuvre inutilement des mesures d'exécution [130].

34. Clauses de remplacement. Hors les situations exceptionnelles dans lesquelles le créancier peut se dispenser de recourir au juge sous les conditions que nous venons d'examiner, rien n'interdit aux parties de déroger conventionnellement à l'intervention du juge dans le cadre d'un remplacement. Les articles 1143 et 1144 du Code civil ne sont en effet pas d'ordre public [131] (ce qui signifie que les parties pourraient également exclure la faculté de remplacement [132]). Ce type de clauses trouve un large écho dans les contrats d'entreprise publics ou privés, où elles prennent le plus souvent le nom de « *mesures d'office* ». Ces clauses laissent

125. P. Wery, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 267.

126. En ce sens, Comm. Charleroi, 15 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 306 et note B. Louveaux.

127. Voy. not., outre les décisions précitées : Comm. Turnhout, 15 juin 1995, *Turnhout Rechtsleer*, 1995-1996, p. 149 ; Liège, 16 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1158 ; P. Van Ommeslaghe rappelle à cet égard que la mise en demeure n'est plus nécessaire lorsqu'il est acquis que le débiteur ne peut plus exécuter utilement son obligation (« Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 207).

128. Liège, 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, p. 11 ; le strict respect de cette condition suppose que le remplacement *in se* fasse l'objet d'une nouvelle notification au débiteur (M. Fontaine, *op. cit.*, p. 40).

129. Liège, 16 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1158 : « (...) Les exigences du créancier ne peuvent toutefois dépasser ce que la solution envisagée par le débiteur pour remédier à son erreur lui eut coûté ».

130. M. Grégoire, « Les sanctions unilatérales en cours de contrat », *in La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, *CJBB*, 2008, p. 250.

131. P. Van Ommeslaghe, « Les obligations: Examen de jurisprudence », *R.C.J.B*, 1986, p. 210 ; P. Wery, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *op. cit.*, pp. 368 et 369.

132. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 844.

par ailleurs une grande liberté dans la définition des conditions et modalités pratiques de mise en œuvre du remplacement (définition du manquement, dispense de mise en demeure, constat réputé contradictoire si l'entrepreneur, quoique convoqué, n'y participe pas, possibilité d'effectuer un remplacement en régie, versement automatique d'une provision sous la forme d'une clause pénale, etc.) [133].

D. Effet du remplacement sur les garanties

35. **Les dépens du remplacement.** Toutes les sommes exposées par le maître de l'ouvrage dans le cadre du remplacement sont en principe à charge de l'entrepreneur remplacé, qu'il s'agisse des coûts relatifs à la destruction de l'ouvrage (article 1142 du Code civil) ou du surcoût généré par l'intervention d'un tiers (article 1143 du Code civil). Que se passe-t-il en revanche si les coûts du remplacement sont moins onéreux que le prix qui avait été initialement convenu avec l'entrepreneur ? La rigueur des principes commande que dans ce cas, la différence soit conservée par l'entrepreneur, qui pourra donc la réclamer au maître de l'ouvrage, sauf pour ce dernier à y imputer une créance complémentaire de dommages et intérêts comme il est en droit de le faire en sus du remplacement [134].

36. **La responsabilité pour les actes posés par le remplaçant.** Le remplaçant ne nous semble pas pouvoir être assimilé purement et simplement à un agent d'exécution, qui serait subrogé à l'entrepreneur initial pour exécuter tout ou partie de son contrat. Il conclut un nouveau contrat avec le maître de l'ouvrage pour exécuter la prestation matérielle mal ou non exécutée par l'entrepreneur initial. L'entrepreneur initial ne pourrait donc à notre estime être systématiquement tenu, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de fautes commises par le remplaçant dans le cadre de sa mission [135]. En revanche, dans la mesure où le contrat initial reste en vigueur, il nous semble que l'entrepreneur reste tenu par toutes ses obligations propres, en ce compris le respect des délais et la débition des indemnités de retard jusqu'à l'accomplissement, par le remplaçant, de la prestation en souffrance.

I.6.2 Les astreintes

A. Rappel des principes

37. **Définition.** L'astreinte est régie dans notre droit par les articles 1385*bis* et suivants du Code judiciaire, tels qu'introduits par la loi du 31 janvier 1980, approuvant la convention Benelux du 26 novembre 1978.

133. Sur ces questions, voy. P. Wery, « Les clauses relatives au remplacement du débiteur défaillant », *in Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 239 et s.

134. P. Wery, *L'exécution forcée en nature des obligations non pécuniaires*, *op. cit.*, p. 268.

135. Dans le cas contraire, cela signifierait d'ailleurs que l'entrepreneur aurait plus avantage à la résolution pure et simple du contrat qu'à son maintien.

Elle peut être définie comme : « une condamnation accessoire et éventuelle à payer une somme d'argent, selon les modalités fixées par le juge et indépendamment de la réparation du préjudice causé pour la non-exécution de l'obligation, afin d'exercer une pression sur le débiteur au cas où celui-ci n'exécuterait pas volontairement la condamnation principale prononcée contre lui » [136].

38. **Un complément naturel à l'exécution forcée.** L'astreinte est assurément un mécanisme d'une redoutable efficacité en matière d'exécution forcée par l'entrepreneur de ses obligations. Ce moyen de pression est d'ailleurs abondamment utilisé dans le domaine de la construction, qui exige que des contraintes efficaces puissent être exercées sur l'entrepreneur défaillant afin d'obtenir une exécution rapide et en temps utile de ses obligations.

39. **Un champ d'application très large.** Sous réserve des cas controversés où les droits absolus de la personne seraient atteints, il faut considérer que l'astreinte connaît le champ d'application le plus large, sous peine de perdre toute efficacité [137]. Celle-ci peut assortir toute exécution forcée en nature d'une obligation, qu'elle soit de faire, de ne pas faire, ou de donner.

Même lorsqu'elle porte sur une obligation de faire, l'astreinte ne doit en principe pas être tenue en échec par le principe *nemo potest praecise cogi ad factum*. Le juge peut en effet parfaitement condamner un entrepreneur à exécuter des travaux sous peine d'astreinte : ce n'est qu'en cas de refus d'obtempérer que le maître de l'ouvrage se heurtera au stade de l'exécution forcée de la décision à la prohibition de la contrainte physique sur la personne de son débiteur.

Nous envisagerons dans les lignes qui suivent quelques questions spécifiques au secteur de la construction en matière d'astreinte, étant entendu que les aspects procéduraux seront traités par Hakim Boularbah et Charlotte Marquet.

B. Exigence de précision technique suffisante de la condamnation assortie d'astreinte

40. **Position de la question.** Dans le secteur de la construction, les parties sont régulièrement confrontées à des difficultés d'interprétation de la décision du juge.

Les sujets traités étant pour la plupart éminemment techniques, il est en effet souvent malaisé d'identifier, en cas de condamnation à une obligation de faire (effectuer une réparation, rencontrer des objectifs de performances écologiques, acoustiques ou autres, etc.), si l'entrepreneur a ou non répondu adéquatement aux termes du jugement.

La question revêt bien entendu une acuité toute particulière lorsque des astreintes ont été prononcées, dans la mesure où toute hésitation à ce propos

136. J. Van Compernolle, *L'Astreinte*, Répertoire notarial, t. III, 1992, p. 28.

137. *Ibidem*.

peut être payée très cher par l'entrepreneur qui ne pourra le cas échéant avoir l'assurance d'être libéré du poids des astreintes qu'à l'issue du contentieux de l'exécution.

41. **Une exigence de précision qui rencontre l'intérêt des deux parties.** Tant le maître de l'ouvrage que l'entrepreneur ont intérêt à solliciter du magistrat la plus grande attention dans la description de la condamnation assortie d'astreinte.

Pour l'entrepreneur, cela semble évident : seul le respect d'un certain degré de précision lui permettra de s'exécuter correctement et d'échapper ainsi aux astreintes [138].

Mais du point de vue du maître de l'ouvrage également, il convient aussi que l'objet de la condamnation soit défini de manière suffisamment précise, dans la mesure où il supportera la charge de la preuve de son droit au paiement des astreintes le moment venu [139]. Or, compte tenu de son caractère de sanction privée, l'astreinte est toujours interprétée de manière restrictive, ce qui signifie très concrètement qu'en cas de difficultés d'interprétation du jugement prononçant l'astreinte, il ne pourra être recouru à un raisonnement et/ou des extensions par analogie pour démontrer le droit au recouvrement des astreintes.

La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 9 février 2007 [140] en décidant que si le juge des saisies peut apprécier les actes effectués en exécution de la condamnation à la lumière du but et de la portée de celle-ci, la condamnation est réputée ne pas tendre au-delà de la réalisation du but qu'elle vise. Dans le même sens, dans un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 13 janvier 2009, les magistrats précisent que l'astreinte ne peut être imposée que « *l*orsque le comportement incriminé viole, sans discussion raisonnable, l'obligation imposée. L'appréciation des actes effectués en exécution de la condamnation doit être faite à la lumière du but et de la portée de la condamnation, la condamnation étant toutefois réputée ne pas tendre au-delà de la réalisation du but qu'elle vise » [141].

42. **Fondement de l'exigence de précision.** La règle de motivation se déduit de la portée même de l'article 1385*quater* du Code judiciaire : « L'astreinte une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation. Cette partie peut en poursuivre le recouvrement en vertu du titre même qui la prévoit ». La condamnation en elle-même vaut titre exécutoire pour le recouvrement de l'astreinte. Il convient donc que celle-ci soit déterminée de la

138. E. Dirickx « *Executieproblemen met betrekking tot de dwangsom* », *in* Iura Falconis, (De dwangsom Leuven, Iura Falconis Libri, 1999, p. 49).
139. Mons, 3 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1186 (la charge de la preuve des conditions de débition de l'astreinte est supportée par la partie qui en poursuit l'exécution).
140. Cass., 9 février 2007, Pas. 2007, p. 287.
141. *T.G.R.*, 2010, p. 98.

manière la plus précise possible afin de remplir adéquatement son rôle au niveau du recouvrement des astreintes.

C'est du reste ce qu'a souligné la Cour de cassation dans un arrêt du 17 février 2009 [142] en décidant que lorsque le juge de l'astreinte impose l'exécution de travaux de réparation selon certaines modalités, il lui appartient de préciser les directives techniques qui devront être prises en considération lors de la réalisation desdits travaux.

43. **Recours à un expert ?** Dans la détermination du contenu de sa décision assortie d'astreinte, le juge sera dès lors tenté, n'étant pas technicien, de recourir à un expert qu'il chargera de déterminer les conditions exactes d'exécution de l'obligation de faire assortie d'une astreinte. C'est le raisonnement que la Cour d'appel de Bruxelles a suivi dans un arrêt du 6 juin 2007 [143]. Dans le cas d'espèce soumis à la Cour, des travaux d'aménagement d'un parking avaient été mis en œuvre en violation de la réglementation environnementale. La Cour a considéré qu'il convenait de prononcer une condamnation à remettre les lieux dans leur état original afin de restaurer une situation conforme à la législation environnementale dans tous ses aspects, tant en ce qui concerne l'aspect visuel du paysage que le régime des eaux souterraines, la végétation et l'écosystème qui en dépendent. La Cour a dans ce contexte condamné l'intimé à effectuer les travaux de réfection conformément aux directives qui lui seraient données par un expert, chargé de définir le moment venu toutes les modalités d'exécution desdits travaux en ce qui concerne les différents aspects environnementaux jusque et y compris les types de végétation à replanter, leur nombre, leurs variétés, etc.

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 27 février 2009 [144], considéré que la décision de la Cour d'appel de Bruxelles devait être cassée au motif qu'en déléguant à un expert le pouvoir de définir les modalités de la condamnation assortie d'astreinte, le magistrat avait violé les articles 11 et 962 du Code judiciaire, prévoyant respectivement que les juges ne peuvent déléguer leur juridiction et que les experts ne peuvent être mandatés qu'aux fins d'effectuer des constatations ou de donner des avis d'ordre technique.

Dans la décision critiquée, le juge abandonne en effet le pouvoir de juridiction à un expert, puisque, comme le souligne la Cour de cassation, il précise que le rapport de l'expert ne devra pas être déposé au greffe mais uniquement communiqué aux parties, l'arrêt étant devenu définitif et la question de la conformité des travaux avec les instructions de l'expert étant du ressort de l'exécution de la décision. En décidant de la sorte, la juridiction de fond a clairement abandonné tout contrôle décisionnel sur l'objet de la condamnation, empêchant

142. *R.W.* 2009-2010, n° 14, p. 579.
143. *T.G.R.*, 2007, p. 544.
144. *R.W.*, 2009-2010, p. 578.

les parties de remettre en question, de contester et de soumettre à son examen le contenu du futur rapport d'expertise.

44. (Suite) Vers une intervention encadrée de l'expert. Il reste qu'en matière de construction, le juge ne peut se passer de l'intervention d'experts pour déterminer avec précision l'objet des condamnations à exécuter certains types de travaux, en particulier lorsque de telles condamnations sont assorties d'astreintes et exigent donc un degré de précision renforcé.

La seule solution dans une telle hypothèse, afin d'éviter l'écueil d'une violation des articles 11 et 962 du Code judiciaire, consiste selon nous pour le juge, avant de prononcer la condamnation, à désigner un expert qui sera chargé de donner un avis technique sur les modalités selon lesquelles la condamnation devra être exécutée pour répondre à l'objectif poursuivi par la prestation. L'affaire sera alors remise sur cette question, ce qui donnera à chacune des parties l'occasion de se prononcer et de débattre sur les conclusions de l'expert. Dans les situations d'urgence, on pourrait même imaginer, afin que cette expertise puisse se dérouler rapidement, que le juge prononce une condamnation, sous peine d'astreinte, à collaborer loyalement à la mise en œuvre du rapport d'expertise [145].

Une fois la condamnation prononcée sur la base de l'avis technique de l'expert, un problème pourra encore se poser lorsqu'il s'agira d'apprécier, par hypothèse après le prononcé de la condamnation, le caractère conforme de l'exécution au regard de cet avis technique. Il pourrait être indiqué à cet égard de solliciter du juge qu'il précise dans sa décision que l'expert ayant rendu son avis technique continuera d'être mandaté pour effectuer des constatations et pour répondre aux questions des parties sur l'un ou l'autre aspect technique, mais sans pour autant que lui soit conféré dans ce cadre un pouvoir de juridiction obligeant les parties à se conformer à ses avis ultérieurs. De telles constatations pourraient selon nous servir de référence au magistrat qui interviendrait ultérieurement dans le cadre d'un contentieux de l'exécution. Ledit magistrat pourrait également lorsqu'il est saisi, nommer le même expert que celui désigné par le juge de l'astreinte, afin qu'il se prononce sur la conformité des travaux exécutés par rapport à son avis initial.

C. Astreintes et impossibilité d'exécution

45. Position de la question. Conformément à l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire « le juge qui a ordonné l'astreinte peut en prononcer la suppression, en suspendre le cours durant le délai qu'il indique ou la réduire, à la demande du condamné, si celui-ci est dans l'impossibilité définitive ou temporaire, totale ou partielle de satisfaire à la condamnation principale. Dans la mesure où l'astreinte

145. Voyez sur ce point K. Wagner, « Loyale medewerking aan een deskundigen onderzoek kan worden bevolen onder verbeurte van een dwangsom » (noot onder Beslagrechter Brussel 18 januari 2000), *A. J. T.*, 1999-2000, 654.

était acquise avant que l'impossibilité se fut produite, le juge ne peut la supprimer ni la réduire ».

L'impossibilité visée est une impossibilité de fait, dans son acception usuelle, c'est-à-dire un événement ou un fait rendant irréalisable la prestation assortie d'astreinte [146]. Selon la Cour de cassation, il appartient au juge du fond qui constate l'impossibilité d'exécution de l'obligation principale, de rechercher si cette impossibilité résulte d'un cas fortuit, du fait ou de la faute de la partie condamnée [147].

46. Portée de la notion d'impossibilité d'exécution. On mesure bien évidemment l'importance que revêt une appréhension claire du concept d'impossibilité d'exécution en matière d'astreinte. Or, il s'agit avant tout d'une question de fait appréciée souverainement par le juge du fond [148]. Les cas d'application en jurisprudence sont multiples et peuvent résulter de critères matériels, techniques, ou juridiques [149]. Au-delà des différentes causes d'impossibilité, il semble donc indiqué de définir, dans la mesure du possible, un cadre de référence analytique permettant d'appréhender au mieux les cas d'impossibilité [150].

47. Impossibilité d'exécution et force majeure. On pourrait songer à un rapprochement entre l'impossibilité d'exécution au sens de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire, et l'impossibilité en cas de force majeure. On observe toutefois, comme le souligne P. Van Ommeslaghe, que les conditions mises à cette impossibilité semblent moins rigoureuses que celles imposées en matière de force majeure. La Cour de cassation a en effet énoncé « qu'il peut être admis que le condamné soit dans l'impossibilité de satisfaire à la condamnation principale lorsqu'il est déraisonnable d'exiger plus d'efforts de diligences que le condamné n'a montré. » [151].

Dans un arrêt du 14 octobre 2003, la Cour de cassation a rappelé à nouveau que la constatation d'une impossibilité devait être appréciée au regard des efforts et de la diligence démontrés par le condamné pour satisfaire à l'obligation principale [152].

146. Bruxelles, 2 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 668.

147. Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1590.

148. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2102 et référence à l'arrêt de la Cour de justice Benelux, 25 mai 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 914.

149. Voir sur ce point K. Wagner, « Dwangsom en onmogelijkheid », *N.j.W.*, 2002, pp. 233 à 235.

150. Pour une étude approfondie de la question, nous renvoyons le lecteur à la remarquable étude de O. Mignolet, « La révision de l'astreinte : une impossible équation ? », note sous Cass., 14 octobre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, pp. 726 et s.

151. Cass., 30 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1250.

152. Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1599 ; dans le même sens, JP Grâce-Hollogne, 22 mars 2005, RJ n° 02A014 : « C'est au demandeur en révision [de l'astreinte] qu'incombe la démonstration probante qu'il a déployé tous les efforts et toute la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui dans les circonstances de fait ».

48. (suite) Une obligation de moyen ? Il ne nous semble pas pour autant que la question de l'exécution de l'obligation principale assortie d'une astreinte puisse être réduite à celle d'une simple obligation de moyen. L'article 1385*quinquies* du Code judiciaire reste en effet un régime d'exception par rapport au principe général énoncé par l'article 1385*quater* du Code judiciaire, selon lequel l'astreinte, une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation. La dérogation à cette règle ne peut dans ces conditions être fondée que sur une interprétation stricte de l'impossibilité au sens de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire, laquelle ne peut donc être assimilée simplement au critère des « meilleurs efforts » caractérisant l'obligation de moyen.

49. (suite) Rapprochement avec une conception moderne de la force majeure associée à la notion de faute du débiteur. Selon nous, un rapprochement peut être opéré avec la force majeure, non pas dans son acception classique, qui voudrait que l'impossibilité d'exécution soit totale et absolue au sens où certaines juridictions l'entendent encore aujourd'hui [153], mais dans une approche plus moderne selon laquelle le concept d'impossibilité d'exécution peut être lu au regard de la faute du débiteur : il faut se demander si le débiteur était ou non en mesure de surmonter ou de résister à l'évènement. Si la réponse est affirmative, le débiteur sera en faute et ne pourra invoquer l'impossibilité d'exécution. L'impossibilité d'exécution n'est donc pas une impossibilité objective, mais elle est intimement liée au caractère irrésistible ou insurmontable de l'évènement du point de vue du débiteur [154]. Selon cette optique, le comportement du débiteur doit s'apprécier de manière raisonnable et *in abstracto*, c'est-à-dire par rapport à tout débiteur normalement diligent, placé dans les mêmes circonstances. Comme l'a souligné la Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 22 juin 1994, « l'impossibilité d'exécution – qui différencie la force majeure de l'imprévision – doit se comprendre dans des limites raisonnables et doit s'apprécier en fonction de l'obligation souscrite par celui qui l'invoque » [155].

Dans cette optique, l'impossibilité d'exécution sera admise si elle est exempte de faute du débiteur. Cette absence de faute doit être rencontrée à tous les niveaux de l'impossibilité, qu'il s'agisse des évènements qui l'ont précédée, préparée ou accompagnée [156]. En établissant un lien entre l'impossibilité d'exécution et la faute du débiteur condamné, les principes d'analyse peuvent se trouver clarifiés. Au lieu de tenter de dresser l'impossible inventaire des situations qui *in abstracto* constitueraient systématiquement des impossibilités d'exécution, ce critère permet d'appliquer une grille de lecture qui tient compte de son

153. Voyez notamment Anvers, 26 février 2007, *RW*, 2010-2011, p. 574.
154. Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR/2778, www.juridat.be.
155. Bruxelles, 22 juin 1984, *J.T.*, 1986, p. 64.
156. Dans le même sens en matière de cause étrangère, voyez Cour d'appel de Liège, 15 décembre 2003, 1999 RJ 3235, www.juridat.be.

caractère éminemment relatif à la personne du débiteur [157]. Seul ce critère d'appréciation peut expliquer par exemple que dans certains cas, une exécution soit matériellement encore possible mais que l'impossibilité d'exécution au sens de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire soit admise (par exemple lorsque la démolition d'un bâtiment imposée sous peine d'astreinte entraînerait des difficultés tellement importantes que l'on ne peut raisonnablement exiger du débiteur condamné qu'il les surmonte [158]).

La notion de faute permet également d'expliquer que le débiteur soit ou non tenu au paiement des astreintes, de la même manière qu'elle permet de fonder la libération du débiteur de son obligation de réparation par équivalent, lorsqu'en raison d'un cas de force majeure, il n'est plus en mesure de s'exécuter en nature [159]. L'effet libératoire de l'impossibilité s'exerce selon la séquence suivante : dans un premier temps, l'obligation concernée s'éteint parce qu'elle est devenue caduque ; dans un second temps elle est remplacée par une obligation de réparation (paiement de l'astreinte) dont le débiteur est libéré en l'absence de faute pouvant lui être imputée dans le cadre de l'impossibilité d'exécution.

50. (suite) Moment pour apprécier de la faute du débiteur. Le principe selon lequel l'impossibilité d'exécution n'exonère pas le débiteur lorsque celle-ci résulte de sa propre faute ou négligence soulève une première question subsidiaire : quand est-ce que la faute ou la négligence du débiteur doit survenir ? Doit-on se baser sur la faute ou la négligence du débiteur qui serait commise après la condamnation assortie d'astreinte, ou le demandeur peut-il également se prévaloir d'une faute ou d'une négligence du débiteur antérieure à ladite condamnation pour rejeter l'impossibilité d'exécution invoquée par ce dernier ?

Cette question a été très précisément posée par la Cour de cassation à la Cour de justice Benelux dans son arrêt du 29 avril 2008 [160]. La Cour de Justice y répond dans les termes suivants : « lorsque l'impossibilité alléguée par le condamné résulte de son propre manque de diligence, antérieur à la condamnation, seules des circonstances particulières peuvent autoriser le juge à refuser de prendre

157. Pour une analyse plus détaillée de cette proposition et des concepts de force majeure et d'imprévision, *cf.* J-F. Germain et Y. Ninane, *in* « Force majeure et imprévisions en matière contractuelle », 2011, Anthemis, pp. 81 et s.
158. Cass. française, 12 février 2004, Gazette Palais, 23 et 24 juin 2004, p. 24, dans le même sens, Bruxelles, 3 janvier 2007, *LNJW* 2007, 154, p. 37 : « Il est question d'impossibilité au sens de cet article lorsque l'astreinte perd tout son sens en tant que moyen de contrainte, c'est-à-dire comme incitant pécuniaire destiné à garantir le plus possible le respect de la condamnation. Une telle situation est admise lorsqu'il n'est pas raisonnable d'exiger du condamné qu'il fasse preuve de plus d'efforts et d'une plus grande prudence, ce qui n'est pas le cas dans cette affaire. »
159. P.A., Foriers et Ch. De Leval, « Force majeure et contrat », *in Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil, Bruxelles*, La Charte, 2004, p. 258 à 260 et références citées.
160. A/2006/5/12, www.courbeneluxhof.be.

une des mesures prévues dans ladite disposition ». En lisant les motifs de l'arrêt, on observe que la Cour, suivant ainsi l'avis de l'avocat-général Jean-François Leclercq [161], estime que dans son appréciation de l'impossibilité d'exécution alléguée par la partie condamnée, le juge peut tenir compte de son manque de diligence antérieur à la condamnation sans pouvoir pour autant déduire de ce seul manque de diligence que l'impossibilité d'exécution n'existerait pas.

Cette interprétation doit être approuvée. La condamnation assortie d'astreinte est en effet bien souvent le résultat d'un manque de diligence du débiteur de satisfaire volontairement à l'exécution de son obligation avant le prononcé. Invoquer une telle négligence pour rejeter toute demande de levée des astreintes fondée sur une impossibilité d'exécution postérieure au prononcé reviendrait à l'exclure dans la plupart des cas. Tel n'est pas l'esprit de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire. Le juge doit en revanche examiner si, compte tenu du manque de diligence passé du débiteur celui-ci a, suite à sa condamnation, pris toutes les mesures nécessaires pour y remédier et faire face à l'obligation assortie d'astreinte. Il n'est en revanche pas exclu que le juge de l'astreinte puisse prendre en considération un manque de diligence du débiteur antérieur au prononcé, lorsque celui-ci avait précisément pour objet d'anticiper une éventuelle condamnation et de rendre impossible ou plus difficile sa future exécution [162].

51. (suite) Sort des astreintes dans le temps en cas d'impossibilité fautive d'exécution. Comme le soulève à juste titre O. Mignolet, refuser de libérer le débiteur du poids des astreintes en cas d'impossibilité fautive d'exécution pourrait aboutir à des conséquences absurdes lorsque l'astreinte a été prononcée par unité de temps, puisque dans ce cas, elle deviendrait perpétuelle [163]. Pour éviter une telle conséquence, le magistrat pourra décider de ne supprimer l'astreinte que pour la période postérieure à la date de sa décision de suppression, l'astreinte demeurant due pour la période intermédiaire [164]. La justification de ce raisonnement en droit est difficile à circonscrire. La caducité ne peut à elle seule expliquer l'abandon de l'astreinte, puisque, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation déjà examinée, l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire exige que cette impossibilité soit également examinée à la lumière de la faute du débiteur. La disparition de l'objet de la condamnation principale ne peut donc à elle seule justifier la disparition concomitante de l'astreinte. En revanche, on pourrait imaginer que dans une situation où le débiteur serait perpétuellement tenu aux astreintes le juge puisse considérer que le droit du créancier d'obtenir le paiement des astreintes compte tenu de la faute du débiteur doit être limité en

161. Conclusions de Monsieur l'Avocat-général J.-F. Leclercq (affaire A/2006/5), 13 avril 2007, www.courbeneluxhof.be.
162. Cour de justice Benelux, 29 avril 2008, A/2006/5/12, www.courbeneluxhof.be, 4e feuillet.
163. O. MIGNOLET, *op. cit.*, p. 152.
164. *Ibidem*.

vertu du principe de bonne foi (abus de droit, et également obligation de limiter son dommage une fois que l'impossibilité est constatée, en recourant au remplacement unilatéral [165]). Dans ces conditions, la faute du débiteur ne justifierait pas une suppression pure et simple de l'astreinte mais bien une révision de celle-ci par la fixation d'un terme à la période de débition, apprécié par le juge en équité. Ce terme pourrait par exemple être fixé en appréciant, à partir de la date de débition de l'astreinte, en combien de temps le débiteur, s'il ne s'était pas placé lui-même en impossibilité d'exécution, aurait pu remédier à l'impossibilité causée par sa faute, et aurait ainsi pu exécuter la condamnation assortie d'astreinte (le délai pris par le remplaçant pour exécuter les prestations en souffrance pourrait servir d'indication à cet égard).

52. Impossibilité d'exécution préexistante à la condamnation. Une autre question qui peut se poser est celle de l'impossibilité d'exécution qui serait préexistante à la condamnation assortie d'astreinte. Dans un arrêt du 21 mars 2011 [166] la Cour de cassation a répondu comme suit à cette question : « Lorsqu'il apparaît postérieurement à la décision du juge de l'astreinte que l'impossibilité de satisfaire à la condamnation préexistait à la décision, l'astreinte se révèle non plus un élément incitatif à l'exécution de la condamnation principale mais un élément punitif dans le chef du débiteur. ». La Cour en déduit que l'arrêt qui refuse d'avoir égard à cette impossibilité préexistante à la condamnation principale n'est pas légalement justifié. Cette jurisprudence est conforme à l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire qui charge le juge de l'astreinte de se prononcer sur une impossibilité invoquée qui n'était pas actuelle au moment où il a prononcé sa condamnation. Le juge de l'astreinte ne pourrait en revanche prononcer une condamnation tout en sachant que celle-ci était impossible à exécuter, sous peine de méconnaître le caractère conditionnel de l'astreinte tel qu'il résulte de l'article 1385*bis*, §1er du Code judiciaire [167].

53. Impossibilité d'exécution et défaut de collaboration du créancier. Il se déduit également de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire que l'impossibilité d'exécution peut résulter d'un défaut de collaboration du maître de l'ouvrage, notamment lorsque celui-ci doit poser des actes indispensables pour la réalisation de la prestation faisant l'objet de la condamnation, tel que l'accès au chantier, la communication de documents spécifiques, ou la fourniture de certains matériaux.

54. Impossibilité morale ou putative d'exécution. La Cour de justice Benelux a eu l'occasion de se prononcer, dans un arrêt du 25 septembre 1986, sur le sort

165. P. WERY, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », *in Les obligations contractuelles*, Bruxelles, CJBB, 2000, p. 373.
166. C10.0631N2/www.juridat.be.
167. Conclusions de Monsieur l'Avocat-général J.-F. Leclercq devant la Cour de justice Benelux, affaire A/2006/5, 13 avril 2007, www.courbeneluxhof.be, p. 8 et 9.

qu'il y avait lieu de réserver à la situation où le débiteur condamné sous peine d'astreinte, pensait avoir satisfait à toutes les conditions de sa condamnation, alors que tel n'était pas le cas [168]. La Cour de justice considère que dans une telle hypothèse, il faut examiner si le débiteur a commis une erreur invincible en pensant avoir erronément satisfait à l'objet de la condamnation. En d'autres termes, il faut que le juge contrôle si le débiteur a fait preuve d'une prudence et d'une diligence raisonnables. On en revient donc au concept de faute du débiteur. Si le débiteur a cru légitimement et sans commettre la moindre faute, qu'il avait satisfait à la condamnation alors que tel n'était pas le cas, on pourra parler d'impossibilité d'exécution, justifiant une suspension ou une suppression de l'astreinte (il s'agira en réalité le plus souvent d'une impossibilité temporaire, qui prendra fin lorsque le juge mettra un terme à l'erreur d'interprétation du débiteur [169]).

D. Caractère individuel de l'astreinte

55. **Position de la question.** L'astreinte revêt un caractère éminemment personnel : elle a pour but de constituer une menace pour le condamné d'être tenu au paiement d'une somme en cas de non respect de son obligation personnelle d'exécution. Le caractère individuel de l'astreinte peut notamment être déduit de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire qui comme on l'a vu, autorise le juge à supprimer ou modaliser les effets de l'astreinte en cas d'impossibilité pour le condamné de s'y conformer. Comme le souligne l'avocat-général J. du Jardin dans des conclusions du 27 juillet 2008 (page 6) [170], la même déduction peut être opérée de la règle selon laquelle le taux de l'astreinte est déterminé sur la base des ressources et du comportement du débiteur.

56. **Conséquence en matière de condamnation solidaire.** Le caractère individuel de l'astreinte implique notamment que celle-ci peut être modalisée et divisée entre différents débiteurs pourtant solidairement tenus à la même condamnation. C'est ce qu'a décidé la Cour de justice Benelux dans un arrêt du 17 décembre 1998 [171], dans une affaire où les prévenus avaient été condamnés à une remise en état du chef d'une infraction à la loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme et où chaque prévenu avait été condamné séparément au paiement d'une astreinte. Certains d'entre eux s'étaient pourvus en cassation contre cette décision, arguant que le juge qui prononce une condamnation solidaire ne peut statuer différemment en ce qui concerne l'astreinte prononcée à titre subsidiaire. La Cour de justice décidera au contraire que compte tenu du caractère individuel de l'astreinte, une condamnation solidaire à charge de plusieurs personnes peut être assortie d'une condamnation de chacune de celles-ci au paiement d'une astreinte pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale.

168. Cour de Justice Benelux, 25 septembre 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 1333 et conclusions de Monsieur l'Avocat général E. Krings.

169. En ce sens, civil Liège, 12 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1312.

170. Conclusions de Monsieur l'Avocat général dans l'affaire A97/3, www.courbeneluxhof.be.

171. Cour de Justice Benelux, 17 décembre 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1071.

57. **Exclusion de l'astreinte à l'égard du débiteur incapable d'exécuter personnellement la condamnation.** Il doit également selon nous être déduit du caractère éminemment personnel de l'astreinte que celle-ci ne peut être prononcée à charge d'une partie qui, juridiquement et/ou matériellement, n'est pas en mesure d'exécuter personnellement la condamnation, même si à un autre niveau, elle est susceptible d'être condamnée solidairement avec le ou les autres débiteurs. Si l'on prend l'exemple d'un promoteur-vendeur qui est condamné solidairement avec l'entrepreneur principal à la réalisation de certains travaux d'achèvement, il nous semble que l'astreinte ne peut être prononcée qu'à charge de l'entrepreneur général, celui-ci étant seul en mesure, dans un premier temps, de satisfaire à la condamnation. Le promoteur n'a de son côté pas la possibilité de le faire, que ce soit au niveau juridique (absence d'agréation comme entrepreneur) ou tout simplement en raison de l'incompatibilité entre sa condamnation et celle de l'entrepreneur. S'agissant de ce dernier point, il est en effet difficile d'envisager que le promoteur et l'entrepreneur soient condamnés sur le même pied à des astreintes pour l'exécution des travaux d'achèvement, alors même que le promoteur ne pourrait satisfaire à cette condamnation qu'après avoir constaté que l'entrepreneur n'y a pas satisfait lui-même au terme du délai imparti par le juge. La seule décision appropriée et qui tiendrait compte du caractère personnel de l'astreinte dans une telle hypothèse serait de condamner l'entrepreneur à titre principal à des astreintes pour réaliser les travaux d'achèvement dans un délai imparti, et subsidiairement, de condamner le promoteur au paiement d'astreintes si une mesure de remplacement n'est pas mise en œuvre dans un délai additionnel.

E. Astreintes et régularisation ultérieure du manquement initial

58. **Suppression de l'astreinte.** L'astreinte doit être supprimée si après le prononcé de la condamnation, un évènement nouveau vient modifier la situation et permet à la partie condamnée d'exécuter l'obligation qu'elle s'était vue interdire ou au contraire, de ne plus exécuter celle à laquelle elle a été condamnée. Ainsi par exemple, dans un arrêt du 5 mai 2011, la Cour de cassation a considéré que le juge des saisies pouvait supprimer l'astreinte s'il constatait la survenance d'un évènement nouveau, étant en l'espèce la délivrance d'un nouveau permis d'exploiter valable, autorisant la réalisation des travaux initialement interdits sous peine d'astreinte [172]. Dans un tel cas, la condamnation assortie d'astreinte perd en effet sa force exécutoire.

172. Cass. 5 mai 2011, C.07.0282.F, www.cass.be.

F. Astreintes et remplacement

59. **Possibilité de cumul.** L'astreinte peut être cumulée avec une mesure de remplacement judiciaire. Comme l'écrit P. Wery, ces deux techniques, loin d'être antagoniques, peuvent, si elles sont habilement associées, renforcer l'effectivité des décisions judiciaires [173].

Ainsi, le juge peut-il, lorsqu'il condamne l'entrepreneur à exécuter les travaux promis, assortir cette condamnation d'une astreinte et autoriser le maître de l'ouvrage à faire exécuter les travaux par un tiers, aux frais de l'entrepreneur, étant entendu que l'astreinte cessera de courir le jour où le remplacement sera mis en œuvre [174]. Une autre forme de combinaison, mise en œuvre par le tribunal civil de Huy dans son jugement du 26 juin 1985 consiste à autoriser un remplacement judiciaire et ordonner au maître de l'ouvrage, sous peine d'astreinte, de laisser libre accès à son immeuble pour permettre l'exécution des travaux par le remplaçant [175].

G. Astreintes et paiement d'une somme d'argent

60. **Principe d'interdiction.** L'article 1385*bis* du Code judiciaire exclut l'astreinte en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent [176] (la raison en serait qu'une telle condamnation est toujours susceptible d'exécution forcée en nature par voie de saisie [177]).

61. **Critique de la doctrine.** Une telle motivation a essuyé la critique de la doctrine : pourquoi alors ne pas exclure l'astreinte dans tous les cas où une exécution forcée en nature, de faire ou de ne pas faire, est possible [178] ? En outre, comme l'écrit I. Moreau Margreve, « l'astreinte présenterait le mérite de permettre l'anticipation du paiement de la somme par la crainte inspirée au condamné de devoir plus encore s'il tarde à exécuter le paiement ; le bénéficiaire de la condamnation pourrait aussi espérer par là échapper à toutes les embûches de la saisie » [179].

62. **Évolution de la jurisprudence.** En écho à ces critiques, la jurisprudence adopte une interprétation restrictive de l'exclusion de l'astreinte en matière de condamnation au paiement d'une somme d'argent. Ainsi, la Cour de justice Benelux a-t-elle précisé dans son arrêt du 9 juillet 1981 [180] que l'astreinte pouvait

173. P. Wery, « Le remplacement judiciaire et l'astreinte », *R.R.D.*, 1999, p. 297.
174. Pour un cas d'application, voyez J.P. Jumet, 16 fév. 1999, *R.R.D.*, 1999, p. 296 et note P. Wery.
175. RJ 11192, www.juridat.be.
176. Cass., 5 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 423.
177. Voyez les travaux préparatoires de la loi du 31 janvier 1960, *Doc. parl. ch.*, session 1977-1978, n° 353/1, pp. 9 et 16.
178. I. Moreau-Margreve, *op. cit.*, pp. 31 et s. ; J. Van Compernolle, *op. cit.*, p. 65.
179. I. Moreau-Margreve, *op. cit.*, p. 31.
180. *J.T.*, 1981, p. 536.

assortir une condamnation au paiement d'une somme d'argent lorsque le paiement doit être fait à une personne autre que celle qui demande en justice la condamnation à ce paiement. Dans ce cas en effet, les sommes ne peuvent être saisies par le demandeur, dès lors qu'il n'est pas créancier (en l'espèce, il s'agissait d'une épouse qui avait fait condamner son ex-mari à payer des dettes de la communauté) [181].

63. **Interdiction limitée aux cas où une voie d'exécution est possible.** Plusieurs auteurs se sont penchés sur la portée de l'exception prévue par l'article 1385*bis* du Code judiciaire compte tenu de cette jurisprudence de la Cour de justice. L'analyse que livre à cet égard J. Van Compernolle nous semble la plus convaincante : selon l'auteur, pour décider si une obligation relative à une somme d'argent peut ou non être assortie d'une astreinte, il est nécessaire de savoir « si le bénéficiaire de la condamnation dispose ou non à l'égard du condamné d'une voie d'exécution permettant – au moins théoriquement – d'assurer l'exécution de cette condamnation (...). L'on déduira que l'astreinte est concevable en temps qu'accessoire d'une condamnation à un *facere* ou à un *non facere* relative à une somme d'argent, chaque fois qu'à propos de cette condamnation, les voies d'exécution prévues par la cinquième partie du Code judiciaire s'avèrent inopérantes » [182].

Dans une décision du 24 mai 2004 [183], la Cour de justice Benelux a confirmé cette approche en indiquant que l'astreinte devait être exclue dès l'instant où la condamnation pouvait faire l'objet d'une mesure d'exécution directe contre le débiteur, qu'il s'agisse d'une condamnation à payer une somme d'argent déterminée, ou de mettre à disposition des fonds, dont le montant n'est pas encore nécessairement déterminé.

En d'autres termes, il semble vain de vouloir faire une distinction entre le paiement d'une somme d'argent proprement dite et la mise à disposition de fonds, lorsque ces deux mesures sont prononcées en faveur de la partie créancière qui dispose par ailleurs de voies d'exécution contre les débiteurs [184]. Cette interprétation de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire peut s'avérer particulièrement intéressante dans le secteur de la construction, où de multiples intervenants sont bien souvent parties à un même litige et où il peut y avoir intérêt, par exemple pour un maître de l'ouvrage, d'obtenir la condamnation de son entrepreneur pour qu'il débloque les fonds nécessaires à l'intervention de tiers aptes à réaliser les prestations faisant l'objet de la condamnation.

181. J. Van Compernolle, *op. cit.*, p. 53.
182. J.Van Compernolle, *op. cit.*, pp. 53 et 54, ainsi que les références à la doctrine divergente et aux décisions de jurisprudence qui, sur cette base, ne peuvent être approuvées.
183. *RJ* A2003/3/7, www.courbeneluxhof.be.
184. En ce sens, conclusions de l'avocat général Jean Du Jardin, 12 décembre 2003, dans le cadre de l'affaire précitée de la Cour de justice Benelux, www.courbeneluxhof.be.

H. Astreintes et moyens d'exception de droit commun

64. **Position de la question.** Peut-on imaginer qu'après le prononcé de la condamnation assortie d'une astreinte, le débiteur puisse, à l'égard de son créancier, invoquer des moyens de droit commun pour ne pas exécuter et/ ou suspendre l'obligation principale faisant l'objet de la condamnation, et par conséquent solliciter une suspension et/ou une suppression de l'astreinte dont celle-ci est assortie ?

La question est délicate dans la mesure ou, par le biais de la condamnation, l'obligation fait désormais l'objet d'une décision judiciaire, exécutoire et assortie de la chose jugée, dont la révision n'est susceptible d'intervenir que par le biais de l'article 1385*quinquies* du Code judiciaire, sans préjudice aux voies de recours qui seraient encore ouvertes.

Ceci étant, il ne nous semble pas pour autant que l'obligation change fondamentalement de nature par le fait qu'elle serait figée dans une condamnation. La meilleure preuve en est que lorsqu'une obligation de ne pas faire vient à être régularisée par la suite, il est admis que l'astreinte perd sa force exécutoire [185].

65. **Pistes de réflexion.** Dans ces conditions, ne pourrait-on pas imaginer qu'un débiteur puisse trouver un moyen légitime de ne pas exécuter ou de suspendre l'obligation à laquelle il était condamné sous peine d'astreinte et d'opposer dans ce contexte un refus d'exécution valable à son créancier ? Si l'on prend l'exemple d'un entrepreneur, on pourrait ainsi s'imaginer que celui-ci soit en relation d'affaires avec un même maître de l'ouvrage dans le cadre de différents chantiers et que les parties aient convenu entre elles d'une clause d'unicité (clause extensive de connexité), ce qui permettrait à l'entrepreneur condamné de se prévaloir d'un défaut de paiement des travaux réalisés dans le cadre d'un autre chantier, survenu postérieurement à la condamnation assortie d'astreinte, pour refuser l'exécution de ladite condamnation, jusqu'à ce que ce paiement soit effectué. Une alternative pourrait consister pour l'entrepreneur à compenser le montant des astreintes avec les montants dus par le maître de l'ouvrage, voire à les saisir entre ses propres mains.

I. Astreintes contractuelles ?

66. **Interdiction.** L'astreinte ne peut être prononcée que par le juge. Il est donc exclu que les parties puissent convenir contractuellement d'un mécanisme d'astreintes. Seules sont admises les clauses à fonction indemnitaire et non coercitive, dans les limites des dispositions du Code civil en matière de clause pénale.

185. Cass., 5 mai 2011, RG C.07.0282.F, www.juridat.be.

II

Pluralité des parties

II.1 Sous-traitance et action directe

67. **Introduction.** L'examen des actions et remèdes immédiats disponibles pour les parties dans le domaine de la construction ne peut être envisagé sans tenir compte d'un paramètre essentiel : la pluralité des intervenants et l'existence de contrats multiples et distincts entre ceux-ci. Il va sans dire que la pratique de la sous-traitance s'est particulièrement développée dans le domaine de la construction. Les sous-traitants eux-mêmes n'hésitent pas à recourir à leurs propres sous-traitants de sorte que le maître de l'ouvrage peut rapidement se retrouver confronté à une dizaine d'intervenants [186].

Dans le cadre de la sous-traitance, l'action directe constitue incontestablement l'un des premiers moyens d'action du sous-traitant confronté à un défaut de paiement de ses factures. La mise en œuvre de l'action directe va également immédiatement susciter une réaction du maître de l'ouvrage. Ce dernier, confronté à une demande de paiement direct va généralement chercher des moyens pour faire obstacle à cette action directe.

68. **L'article 1798 du Code civil.** Selon l'article 1798 du Code civil, les sous-traitants ont une action directe contre le maître de l'ouvrage, jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où l'action est intentée [187].

Depuis son introduction dans notre législation [188], l'article 1798 du Code civil a soulevé de nombreuses questions et a fait l'objet de nombreuses études doctrinales. Nous proposons de rappeler ci-dessous les principaux traits caractéristiques de l'action directe des sous-traitants, en nous référant aux différents arrêts de la Cour de cassation qui ont jalonné la construction du régime de cette action ainsi qu'aux nombreux commentaires fouillés qui y ont été consacrés.

186. B. Louveaux, « La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 12.

187. Article 1798 du Code civil : « Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier ».

188. Et spécialement depuis la modification de cet article par la loi du 19 février 1990, parue au *Moniteur Belge* du 23 mars 1990.

Comme on le verra plusieurs questions restent ouvertes, le régime juridique de l'action directe étant encore, de l'avis partagé de nombreux auteurs, en construction [189].

II.1.1 Définition et traits caractéristiques

A. Notion d'action directe et de sous-traitance

69. **Définition de l'action directe.** Le Professeur Wéry définit l'action directe comme suit : « L'action directe est le droit de créance qu'une personne tire, par la volonté expresse du législateur, d'un contrat auquel elle est pourtant étrangère et qui lui permet de réclamer, pour son compte exclusif, paiement au débiteur de son propre débiteur » [190].

L'article 1798 du Code civil permet ainsi à un sous-traitant, qui, en règle n'a d'autre interlocuteur que son cocontractant (l'entrepreneur principal) d'obtenir directement du maître de l'ouvrage le payement de ce que, en toute rigueur de principe, il ne devrait pouvoir exiger que dudit entrepreneur principal [191].

70. **Définition de la sous-traitance.** La sous-traitance peut être définie comme « la convention dans laquelle une personne s'engage envers un entrepreneur principal, en dehors de tout lien de subordination, à exécuter tout ou partie du marché que ce dernier a conclu avec le maître de l'ouvrage » [192].

La relation entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal et celle entre ce dernier et les sous-traitants, trouvent leur fondement dans des contrats distincts et non pas dans un seul contrat auquel les trois personnes concernées sont parties. L'hypothèse doit être distinguée d'un contrat multipartite unique [193].

L'existence d'un schéma de sous-traitance implique donc principalement les caractéristiques suivantes : la relativité et l'autonomie du contrat d'entreprise d'une part et de sous-traitance d'autre part, le principe de la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal du fait de son sous-traitant à l'égard du

189. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus 1, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 66-71.

190. P. Wery, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 745. L'auteur fait référence à de nombreuses études fouillées de l'action directe, notamment celle réalisée par l'auteur français M. Coizan (M. Coizan, L'action directe, Paris, L.G.D.J., 1969).

191. W.Derijcke, note sous Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 447.

192. B. Kohl, « Sous-traitance – questions spéciales », *in Contrat d'entreprise et droit de la construction*, CUP, Liège, 2003, p. 75 ; Bruxelles, 17 septembre 1999, *Rev. Rég. Dr.*, 2000, p. 41.

193. Sur les contrats multipartites, voy. I. Samoy, « Le caméléon du droit des obligations : le contrat multipartite. Questions théoriques et pratiques concernant la conclusion des contrats à multiples parties », *in Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, Liège, Anthemis, 2007, pp. 7-36.

maître de l'ouvrage et uniquement à l'égard de celui-ci et l'autonomie de principe du sous-traitant à l'égard de l'entrepreneur principal dans l'exécution de ses obligations contractuelles [194].

71. **Extension à tous les domaines.** Le bénéfice de l'action directe peut être invoqué par tout sous-traitant en tous domaines, que ce soit en matière de construction ou autre [195], qu'il s'agisse de prestations manuelles ou intellectuelles.

72. **Importance de la qualification des contrats.** L'action directe suppose l'articulation entre deux contrats d'entreprise distincts dont l'un est l'exécution totale ou partielle du premier. En pratique se pose ainsi souvent la question de la qualification du « sous-contrat » : pour qu'il y ait sous-traitance, ce dernier ne doit par exemple pas être un contrat de fourniture de matériaux, un contrat de location de matériel ou un contrat de travail [196]. On ne pourrait pas non plus qualifier de sous-traitant la société tierce qui intervient dans le cadre du chantier principal afin d'opérer la réfection des dégâts qui sont imputables à l'entrepreneur défaillant (par exemple, en cas d'application de la faculté de remplacement) [197].

Dans le cadre des questions de qualification du sous-contrat, il est intéressant de mentionner une loi récente du 28 avril 2010 [198] qui crée un nouveau statut juridique : celui de « l'entrepreneur remplaçant ». Le contrat de remplacement indépendant est défini par la loi comme étant un contrat de durée déterminée, par lequel un « travailleur indépendant », personne physique, qui « suspend temporairement son activité professionnelle, se fait remplacer par un autre indépendant », dénommé entrepreneur remplaçant, et ce « afin d'assurer la continuité de son activité commerciale, artisanale ou non-commerciale de droit privé ou de son activité professionnelle » (article 78 de la loi) [199].

194. A. Delvaux, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *in Actualités de droit immobilier*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 50.

195. Il faut signaler un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 décembre 2006 qui rompt cependant avec l'unanimité qui s'était faite pour reconnaître le bénéfice de l'action directe au prestataire d'un contrat de sous-entreprise, indépendamment de la nature mobilière ou immobilière, voire intellectuelle des travaux du sous-traitant. Cet arrêt a décidé que l'action directe du sous-traitant « ne vise que les travaux immobiliers ». Il s'agit toutefois d'un arrêt isolé et qui a été critiqué (Bruxelles, 6 décembre 2006, *Entr. et Dr.*, 2007, p. 257, obs. B. Van Lierde).

196. Pour une distinction entre ces différents contrats, voy. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 47-49 ; voy. aussi un arrêt récent de la Cour de cassation sur la distinction entre un contrat d'entreprise et de location de matériel : Cass., 3 septembre 2010, RG C.08.0554.N. inédit et B. Kohl, « Le contrat d'entreprise, jurisprudence récente des cours suprêmes », *in Droit de la construction*, CUP, Liège, Anthemis, 2011, p. 175.

197. Cass. fr. civ., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-12.339. En ce qui concerne la faculté de remplacement nous renvoyons au premier chapitre de cette contribution, consacré aux remèdes immédiats.

198. Loi du 28 avril 2010 contenant des dispositions diverses, *M.B.*, 10 mai 2010.

199. La définition ne vise donc pas l'entrepreneur « remplaçant » qui intervient sur un chantier dans le cadre de l'application de la faculté de remplacement.

La loi n'aborde pas expressément la qualification d'un tel contrat de remplacement. Toutefois, l'article 79 de la loi précise que « les actes juridiques que l'entrepreneur remplaçant peut effectuer au nom et pour le compte de l'entrepreneur qui souhaite se faire remplacer seront également énumérés, sans pour autant que cette liste doive avoir un caractère exhaustif ». Dès lors, il semble que le contrat entre le « remplacé » et le « remplaçant » devrait être qualifié, selon les prestations effectuées par le remplaçant, soit de contrat d'entreprise, soit de mandat.

La loi n'aborde pas la question des rapports contractuels entre l'entrepreneur remplaçant et les tiers. À cet égard, plusieurs questions méritent d'être posées. L'entrepreneur principal peut-il par exemple imposer un entrepreneur remplaçant au maître de l'ouvrage ? Si l'entrepreneur remplaçant intervient sur un chantier dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entrepreneur « remplacé » et un maître de l'ouvrage, doit-il être considéré comme un « sous-traitant » ? À première vue, il nous semble que la réponse devrait être négative, étant donné que par hypothèse, l'entrepreneur remplacé ne peut plus exercer d'activités professionnelles pendant le remplacement. Dès lors, l'entrepreneur remplaçant semble devoir être considéré comme agissant véritablement en lieu et place de l'entrepreneur remplacé.

B. Conditions générales de mise en œuvre

73. **Hypothèse de départ.** La mise en œuvre de l'action directe requiert que le sous-traitant soit créancier de sommes à l'égard de l'entrepreneur principal et que ce dernier soit lui-même débiteur vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Pour désigner ces créances, on parle respectivement de la « créance-cause » et de la « créance assiette », qui doivent toutes les deux répondre à certaines conditions que nous exposons ci-après.

74. **Délais.** Le sous-traitant peut mettre son action directe en œuvre à tout moment, dès l'instant où existent la créance à l'égard de l'entrepreneur et celle à l'égard du maître de l'ouvrage. Le sous-traitant ne doit pas démontrer que l'entrepreneur général serait insolvable ni qu'il y aurait « célérité » au sens où cette notion est entendue en droit des saisies [200].

La loi ne prévoit aucun délai de prescription particulier pour l'action directe. C'est donc le délai de droit commun de dix ans qui s'applique [201].

200. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 51.
201. Voy. l'article 2262*bis* du Code civil.

C. Caractère et étendue de la créance-cause

75. **Notion.** La créance-cause est la créance que détient le sous-traitant contre l'entrepreneur principal, à savoir celle dont le premier sollicite le recouvrement à charge du maître de l'ouvrage.

76. **Caractères.** La doctrine et la jurisprudence considèrent qu'au moment où l'action directe est intentée, la « créance-cause » doit être certaine [202], exigible [203] mais non nécessairement liquide (c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être fixée quant à son montant).

77. **Étendue.** Une controverse existait quant à la détermination des créances qui peuvent faire l'objet de l'action directe : le sous-traitant peut-il agir contre le maître de l'ouvrage pour sûreté de toute créance généralement quelconque qu'il aurait sur l'entrepreneur principal ? Ou est-ce uniquement à concurrence de ce dont le sous-traitant est créancier de l'entrepreneur principal en raison de l'entreprise dont celui-ci a été chargé par le maître de l'ouvrage [204] ? L'article 1798 du Code civil ne précise rien à cet égard. La controverse a été tranchée par un arrêt de la Cour de Cassation du 21 décembre 2001 où celle-ci a décidé que dans le cadre de l'action directe prévue par l'article 1798, alinéa 1er du Code civil, « le sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l'ouvrage qu'à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l'entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant » [205].

Le sous-traitant ne peut donc intenter l'action directe contre le maître de l'ouvrage pour des créances qu'il détient à l'encontre de l'entrepreneur principal se rapportant à d'autres chantiers que le chantier confié par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur, puis par l'entrepreneur au sous-traitant.

L'existence d'une clause d'unicité (extensive de la connexité) conclue entre l'entrepreneur et le sous-traitant pourrait-elle avoir pour effet d'élargir la créance-cause de l'action directe ? Les clauses de connexité conventionnelle ou clauses d'unicité sont des dispositions par lesquelles les parties établissent un

202. Voy. une décision du Juge des saisies de Liège qui décide, en matière de saisie conservatoire, que la créance résultant d'un rapport d'expertise contradictoire, même contesté, est prouvée à suffisance (Juge des saisies de Liège, 24 octobre 2005, *Rev. not. belge*, 2006, p. 466, cité par P. Schillings, obs. sous Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 80).
203. Gand, 5 mars 2007, *Entr. et Dr.*, 2009, p. 31 et obs. B. Van Lierde, « Action directe du sous-traitant et exigibilité de la créance-cause ». L'auteur critique cette exigence. Pour une autre critique de cette condition d'exigibilité de la créance cause, voy. P. Schillings, obs. sous Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 81 et s.
204. W. Derijcke, note sous Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 447 et les auteurs des deux courants qu'il cite en notes 4 et 5.
205. Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 443 et note W. Derijcke ; *D.A.O.R.*, 2002, p. 263, note P. Wery.

lien entre plusieurs dettes et créances pouvant exister entre elles [206]. Une telle clause ne nous semble pas, en tant que telle, avoir pour conséquence d'étendre la créance-cause de l'action directe, à moins que les parties ne prévoient expressément, dans cette clause, un mécanisme d'extension de la créance-cause. Une telle clause serait valide à certaines conditions (voy. *infra* n° 93*bis*).

78. **Créance et accessoires.** Le bénéfice de l'action directe est accordé non seulement pour le prix des travaux eux-mêmes mais aussi pour les accessoires éventuels de ce prix (intérêts, clauses pénales, etc.) [207].

Selon certains auteurs, le sous-traitant pourrait même bénéficier de l'action directe si, en raison de la rupture du contrat de sous-traitance par l'entrepreneur principal en cours de travaux, il souhaite récupérer tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise au sens de l'article 1794 du Code civil. L'action directe pourrait donc porter sur l'indemnité due en cas de résiliation unilatérale du contrat de sous-traitance par l'entrepreneur, à concurrence du manque à gagner subi pour le chantier concerné [208] ou de l'indemnité fixée contractuellement entre les parties.

D. Caractère et étendue de la créance-assiette

79. **Notion.** L'action directe du sous-traitant est considérée comme la rencontre entre la créance-cause dont question ci-dessus et une créance-assiette [209], c'est-à-dire « la créance qui constitue l'assiette de cette action » [210]. En effet, le sous-traitant ne peut invoquer le bénéfice de l'article 1798 du Code civil qu'à concurrence du plus faible des montants dus respectivement par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur et par ce dernier à son sous-traitant.

80. **Caractères.** Cette créance-assiette doit être certaine mais non liquide ni exigible : immobilisée dans le patrimoine du maître de l'ouvrage, elle sera soustraite aux actes de disposition de l'entrepreneur principal (mise en gage, cession) [211].

206. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 928. Par un important arrêt du 28 février 1985, la Cour de cassation a reconnu la licéité du mécanisme de connexité conventionnelle, pour autant que cette connexité ne soit pas artificielle et qu'elle n'ait pas pour objectif de frauder les droits des tiers (Cass., 28 février 1985, *R.C.J.B.*, 1985, note A. Limpens-Meinertzhagen).

207. Cass., 22 mars 2002, *D.A.O.R.*, 2002, p. 266 ; P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. J.L.M.B., Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 51 ; Liège, 28 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 875.

208. P. Schillings, obs. sous Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 81.

209. O. Jauniaux, « L'action directe du sous-traitant – Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 259.

210. W. Derijcke, « Étendue de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil, note sous Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 447.

211. O. Jauniaux, « L'action directe du sous-traitant – Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 260.

Dans son arrêt du 29 octobre 2004 [212], la Cour de cassation a expressément rappelé que le refus du bénéfice de l'action directe ne peut être motivé par l'absence de créance exigible à l'encontre du maître de l'ouvrage au moment de l'exercice de l'action directe. La Cour précise cependant que l'inexigibilité des créances à l'encontre de l'entrepreneur peut être soulevée. La Cour souligne ainsi que l'exigibilité de la créance assiette n'est pas une condition pour mettre valablement en œuvre l'action directe, mais qu'elle l'est pour pouvoir exiger le paiement de la part du maître de l'ouvrage. Apparaissent ainsi, en filigrane, les deux dimensions de l'action directe : l'exigibilité n'est pas requise dans sa dimension « conservatoire », mais elle l'est dans sa dimension « de paiement » [213].

81. **Étendue – position de la question.** L'étendue de la créance-assiette a suscité dans la doctrine et la jurisprudence les mêmes questionnements qu'en matière de créance-cause. En effet, l'article 1798 du Code civil énonce que le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage « *jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où l'action est intentée* » mais il ne distingue pas quelle est l'assiette de l'action directe [214]. On peut donc se demander s'il s'agit de toutes les sommes dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur au moment de l'intentement de l'action, quelle que soit leur cause, y compris des créances qui seraient étrangères au contrat d'entreprise principal (conception extensive) [215] ou s'il s'agit seulement des créances résultant du contrat d'entreprise principale dont un lot a été confié au sous-traitant concerné (conception restrictive) [216]. Cette question, fort discutée en doctrine [217], n'a à notre connaissance pas encore été tranchée par la Cour de

212. Cass., 29 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1697.

213. W. Derijcke, « La créance objet de l'action directe du sous-traitant », *R.G.D.C.*, 2005, p. 1019 ; L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *in Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 134.

214. À cet égard, on constate que le texte de l'article 20, 12° de la Loi Hypothécaire, instituant un privilège en faveur des sous-traitants, est beaucoup plus précis concernant l'étendue de la créance garantie (que l'on peut mettre en parallèle avec la créance-cause) et l'étendue du privilège (à mettre en parallèle avec la créance assiette) : selon cet article, est privilégiée : « la créance du sous-traitant contre son cocontractant-entrepreneur pour les travaux qu'il a effectués ou fait effectuer à l'immeuble du maître de l'ouvrage, sur la créance se rapportant à la même entreprise qu'a ce cocontractant-entrepreneur contre le maître de l'ouvrage ». La créance garantie est uniquement celle qui a trait aux travaux qui ont été effectués dans le cadre du contrat de sous-traitance pour compte du maître de l'ouvrage. Il s'agit donc de la solution qui a également été consacrée en matière d'action directe, par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 21 décembre 2001. En outre, la créance assiette est ici uniquement celle dont dispose l'entrepreneur principal sur le maître de l'ouvrage, se rapportant à la même entreprise que celle dans laquelle le sous-traitant est intervenu.

215. E. Dirix, « Overzicht van rechtspraak – voorrechten en hypotheken (1991-1997) », *T.P.R.*, 1998, p. 511.

216. G. Baert, *Aanneming van werk*, Anvers, Kluwer, 2001, p. 680.

217. W. Derijcke, « Étendue de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil, note sous Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 447.

cassation. En effet, l'arrêt précité de la Cour de cassation du 21 décembre 2001 s'est seulement prononcé sur la question de l'étendue de la créance-cause.

On pourrait être tenté de citer, à l'appui de la thèse restrictive, l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2004[218]. En effet, la Cour de Cassation énonce dans cet arrêt que « l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage a pour objet toutes les créances relatives à l'ouvrage visé ». Toutefois, il s'agissait d'un arrêt où la Cour était amenée à trancher la question de la condition d'exigibilité de la créance-assiette, et n'était donc pas saisie de la question de l'étendue de celle-ci.

82. **Étendue de la créance-assiette – jurisprudence récente.** L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 18 mars 2010[219] apporte une précision importante par rapport à cette question de l'étendue de la créance-assiette et à la portée à donner à l'arrêt précité du 29 octobre 2004. Dans cette affaire, le maître de l'ouvrage soutenait, dans le cadre de la conception restrictive mentionnée ci-dessus, que la créance-assiette devait se limiter uniquement à la partie du prix du marché qui concernait les travaux confiés au sous-traitant agissant. Ce faisant, il défendait en fait une approche encore plus restrictive de la conception restrictive.

La cour d'appel de Bruxelles a décidé ce qui suit : « L'article 1798 du Code civil ne comporte, en soi, aucune autre limitation de la détermination de la créance-objet, assiette de l'action directe que "ce dont le maître de l'ouvrage se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où l'action est intentée".

L'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2004 n'apparaît pas imposer une analyse différente ni avoir la portée restrictive que les jugements attaqués lui donnent.

La *ratio legis* de l'article 1798 du Code civil permet de conforter l'analyse faite ici par la cour ; conçu en effet dans le but de protéger les sous-traitants des conséquences de l'insolvabilité de leurs commanditaires, le législateur a entendu conférer aux premiers, non pas une action oblique, mais bien une action directe dont l'exercice et la portée ne répondent pas aux mêmes conditions et mêmes conséquences ;

L'action directe reconnue aux sous-traitants par l'article 1798 du Code civil s'exerce par ceux-ci agissant sur la base de leurs droits propres, à concurrence de ce que le maître de l'ouvrage doit à l'entrepreneur au moment où l'action est intentée.

Limiter l'assiette de l'action directe à la partie de la dette du maître de l'ouvrage, spécialement contractée en raison des travaux sous-traités, reviendrait à priver de toute action directe le sous-traitant dont les travaux sont réalisés au début du chantier (démolition, terrassement, fouilles blindées...) dont la valeur

218. Arrêt précité du 29 octobre 2004 (*Pas.*, 2004, p. 1697). Voy. *supra* n° 80 *in fine*.
219. Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 70.

n'excèderait pas la hauteur de l'acompte préalablement payé par le maître de l'ouvrage.

L'article 1798 du Code civil ne saurait priver de tels sous-traitants de leur droit d'exercer l'action directe qu'il leur reconnaît.

L'arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2004 n'a pas, aux yeux de la cour de céans, pour effet de restreindre la portée de l'enseignement de celui du 21 décembre 2001 dans le prolongement duquel il s'inscrit parfaitement ».

Cet arrêt est considéré comme ayant une portée limitée : il ne tranche pas la controverse entre la conception extensive ou restrictive de la créance-assiette mais « *il se borne à exclure une conception minimaliste* »[220] de la conception restrictive : il exclut que la créance-objet se limite à la partie du marché confiée au sous-traitant agissant.

Compte tenu des formulations adoptées par la Cour d'appel de Bruxelles (« L'article 1798 du Code civil ne comporte, en soi, aucune autre limitation de la détermination de la créance-objet, assiette de l'action directe que « ce dont le maître de l'ouvrage se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où l'action est intentée »), on peut néanmoins se demander si la Cour n'a pas voulu implicitement consacrer la conception extensive de la créance-assiette. La question reste cependant ouverte.

83. **Étendue de la créance-assiette – impact des exceptions.** Enfin, il faut préciser que la détermination de l'étendue de la créance-assiette est directement liée à la question de l'opposabilité des exceptions du maître de l'ouvrage. Par le biais de celles-ci, la créance assiette pourra se voir diminuée, étant donné que le maître de l'ouvrage ne peut en aucun cas être tenu à l'égard du sous-traitant à plus que ce qu'il ne doit à l'entrepreneur principal. Nous revenons sur cette question ci-après (voy. *infra* n° 99).

84. **Étendue de la créance-assiette – impact des clauses d'unicité.** Si une clause d'unicité qui prévoit l'extension de l'action directe à tous les chantiers où intervient l'entrepreneur a été conclue entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, celle-ci nous semble pouvoir valablement sortir ses effets et permettre d'éviter la controverse sur la question de la conception restrictive ou extensive de cette créance. Dans ce cas, la créance-assiette de l'action directe devrait s'étendre à tous les chantiers visés par cette connexité.

E. Forme de l'exercice de l'action directe

85. **Position de la question.** La question de la forme de la mise en œuvre de l'action directe a été longtemps controversée. Doctrine et jurisprudence étaient divisées sur la question de savoir si une citation en justice était nécessaire ou si

220. P. Schillings, obs. sous Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 79.

une simple mise en demeure pouvait suffire. Cette question a été tranchée par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 mars 2005. Selon les termes de celui-ci, « l'exercice de l'action directe du sous-traitant n'est soumis à aucune formalité » [221]. Cet arrêt a donc confirmé le caractère non judiciaire de l'action directe des sous-traitants [222].

Cette position a récemment été réaffirmée par la Cour de cassation, à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers (rendu le 25 novembre 2004, soit avant l'arrêt de principe du 25 mars 2005) : la Cour a cassé la décision qui avait refusé de reconnaître l'exercice d'une action directe par un courrier de mise en demeure envoyé par le conseil du sous-traitant [223].

86. **Interprétation de l'absence d'exigence de forme.** Depuis l'arrêt du 25 mars 2005, la jurisprudence a été très loin dans son interprétation souple de la notion d'exercice de l'action directe [224] : une saisie conservatoire entre les mains du maître de l'ouvrage avant la faillite de l'entrepreneur a été considérée par la Cour d'appel d'Anvers comme un exercice valable de l'action directe [225].

Ce principe a également été rappelé dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 8 avril 2009 : « L'exercice de l'action directe du sous-traitant n'est soumis à aucune condition de forme et peut être implicite pourvu qu'il soit certain. Tel est le cas du (simple) courrier par lequel un sous-traitant s'informe auprès du maître de l'ouvrage s'il a donné instruction d'effectuer, directement sur son compte, le paiement des sommes dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal » [226].

Mais une question restait ouverte : pour déterminer le moment où l'action directe est introduite, faut-il prendre en compte le moment où l'action est « intentée » ou bien celui où le maître de l'ouvrage prend connaissance de cette action directe ? L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2010 tranche la question en faveur de la seconde solution : « L'exercice de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage a pour conséquence, tout comme une saisie-arrêt, que l'action exercée par l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage devient indisponible ; cette indisponibilité ne naît que lorsque le maître de l'ouvrage a eu connaissance de l'exercice de l'action directe ou qu'il a pu raisonnablement en avoir connaissance » [227].

221. Cass., 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1040 et obs. P. Henry, *R.G.D.C.*, 2005, p. 405 et obs. C. Eyben.
222. O. Jauniaux, « L'action directe du sous-traitant – Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 268.
223. Cass., 10 juin 2011, C.10.0465.N, inédit (www.juridat.be).
224. V. Sagaert, note sous Cass, 18 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 998.
225. Anvers, 30 mai 2005, *N.J.W.*, 2006, p. 259.
226. Bruxelles, 8 avril 2009, *T. Aan.*, 2010, p. 62 et note M. Somers.
227. Cass, 18 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 998 et note V. Sagaert, « De uitoefening van een (onvolmaakte) rechtstreekse vordering : de kennisgeving aan de onderschuldenaar als peildatum ».Voy. également l'intéressante analogie effectuée par l'auteur entre l'action directe et la saisie-arrêt.

87. **Intérêt pratique.** En ce qui concerne la détermination du moment d'intentement de l'action directe, la doctrine considère qu'il faut en réalité opérer une distinction selon les conséquences juridiques envisagées. Lorsqu'il s'agit d'apprécier les conditions de l'acte juridique unilatéral que constitue l'action directe (caractère certain et d'exigibilité de la créance-cause), le moment-clé est le moment de l'émission de l'acte juridique unilatéral (par exemple l'envoi d'un courrier). Par contre, lorsqu'il s'agit d'apprécier sa fonction conservatoire (que nous avons déjà évoquée ci-dessus), c'est le moment où le maître de l'ouvrage a pris connaissance ou a pu raisonnablement en prendre connaissance (par application de la théorie de la réception) [228]. Pour fixer, par exemple, le point de départ de l'indisponibilité de la créance dans le patrimoine de l'entrepreneur, l'antériorité de l'action directe par rapport à la faillite, jusqu'à quel moment le maître de l'ouvrage peut valablement payer entre les mains de l'entrepreneur principal, c'est donc le moment où le maître de l'ouvrage a pris connaissance de l'action directe ou a pu raisonnablement en prendre connaissance qui est déterminant. L'arrêt précité de la Cour de cassation du 18 mars 2010 confirme cette approche.

F. Situations de concours entre les créanciers de l'entrepreneur principal

88. **Action directe et concours.** Une autre question longtemps controversée était celle de savoir si le sous-traitant pouvait mettre son action directe encore en œuvre après un jugement déclaratif de faillite ou une mise en liquidation de l'entrepreneur [229].

Une doctrine et une jurisprudence majoritaires considéraient que l'action directe pouvait encore être exercée par le sous-traitant après la survenance du concours. Cette position était justifiée d'une part, par le souci de protection du sous-traitant qui a animé le législateur lors de la modification de l'article 1798 du Code civil et d'autre part, par le fait que l'action directe s'exercerait en dehors du patrimoine de l'entrepreneur, directement dans celui du maître de l'ouvrage [230].

D'autres insistaient sur le caractère imparfait de l'action directe du sous-traitant : toutes les exceptions nées antérieurement à l'exercice de l'action

228. V. Sagaert, note sous Cass, 18 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1000 ; M. E. Storme, « De ontvangstleer bij derdenbeslag en andere kennisgevingen die de betalingsverplichting van een schuldenaar wijzigen, en de verzendingsleer bij rechtshandelingen die een termijn doen ingaan », *R.W.*, 1999-2000, note sous Cass., 14 mai 1999.
229. Lorsque l'action directe est intentée avant la déclaration de faillite de l'entrepreneur principal, la situation est claire : le concours qui en résulte n'exerce aucune influence sur le sort de l'action.
230. J.-P. Renard et M. Van Den Abeele, « Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général », *Entr. et Dr.*, 1997, p. 140 et les autres références citées par O. Jauniaux (« L'action directe du sous-traitant – Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 267, note 94).

directe sont opposables par le débiteur final au titulaire de l'action. Le titulaire de l'action directe ne fait qu'exercer le droit de créance qu'il puise dans le patrimoine du débiteur intermédiaire. Dès lors que la créance du débiteur intermédiaire demeure dans son patrimoine, le titulaire de l'action directe qui n'a pas introduit celle-ci avant la survenance du concours se trouve déchu du droit de l'exercer postérieurement à celui-ci [231].

La question a été tranchée par la Cour de Cassation par ses arrêts des 27 mai et 23 septembre 2004 [232]. La Cour a décidé que « la faillite a pour effet de rendre indisponible la créance de l'entrepreneur failli sur le maître de l'ouvrage, de sorte qu'à partir du jugement déclaratif, l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil ne peut plus être intentée » [233].

La Cour de cassation a appliqué la même solution en matière de liquidation [234]. Par contre l'introduction d'une procédure de réorganisation judiciaire ne fait pas obstacle à l'introduction d'une action directe [235].

89. **Action directe et cession de créance.** En outre, il faut évoquer le cas où l'entrepreneur a cédé la créance qu'il détient à l'encontre du maître de l'ouvrage à l'un de ses créanciers (par exemple à un organisme bancaire). Que se passe-t-il dans ce cas ? L'action directe ne peut plus être intentée si la créance a déjà été cédée puisque la créance assiette doit être disponible dans le patrimoine de

231. J. Windey et T. Hürner, « L'action directe en cas de faillite », *R.D.C.*, 2004/9, p. 906. Voy. aussi les références citées par O. Jauniaux dans la contribution précitée, en note 95.

232. Cass., 27 mai 2004, *R.D.C.*, 2004, pp. 889 et s. ; Cass., 23 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1437 et note P. Henry (sur les deux arrêts).

233. Il est intéressant de mentionner ici un avant-projet de loi modifiant le code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et le rapport du 14 octobre 2011 du groupe d'experts sur les sûretés, créé par le Ministre de la justice Stefaan De Clerck et présidé par le Professeur E. Dirix. Cet avant-projet propose d'ajouter expressément dans l'article 20, 12° de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 que « L'action directe ne peut plus être intentée après l'ouverture du concours » (p. 33) (le texte est disponible sur le site http:// justice.belgium.be/fr/).

234. Un arrêt de la Cour de cassation confirme ces principes. Devant se prononcer sur trois pourvois introduits par les curateurs d'une société mise en liquidation, puis déclarée en faillite, la Cour décide : « l'arrêt attaqué du 30 juin 2003 constate que la société En.Ge.Bat dont les demandeurs sont les curateurs a été adjudicataire de plusieurs marchés de travaux publics, que pour les réaliser, elle a fait appel à de nombreux sous-traitants, que ceux-ci invoquent le bénéfice de l'article 1798 du Code civil et que la société En.Ge.Bat a été mise en liquidation volontaire le 13 juillet 1998. Cet arrêt qui dit recevables les actions directes de tous les sous-traitants sans vérifier si leurs actions ont été introduites avant la date de la mise en liquidation ne justifie pas légalement sa décision » (Cass. 14 juin 2007, www.juridat.be).

235. Voy. art. 33, al. 3 de la Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (*M.B.*, 9 février 2009). Ceci peut s'expliquer par le fait que « la règle de l'égalité des créanciers est appliquée de manière moins rigide dans les procédures d'insolvabilité qui tendent à l'assainissement. (...) C'est par exemple le cas dans la nouvelle procédure de réorganisation judiciaire (loi sur la continuité des entreprises) où les concepts mêmes de concours et de principe d'égalité ont été abandonnés » (Avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et rapport du groupe d'experts précité, p. 2).

l'entrepreneur au moment de l'exercice de l'action. Le cessionnaire de la créance ne pourra par conséquent pas être inquiété par le sous-traitant, pour autant qu'il puisse prouver que la cession est antérieure à l'intentement de l'action directe. Il importe donc de déterminer la date de l'action directe et celle de la cession de créance : en ce qui concerne cette dernière, l'article 1690, alinéa 1 du Code civil précise que « la cession de créance est opposable aux tiers autres que le débiteur cédé par la conclusion de la convention de cession ».

Cependant, si le maître de l'ouvrage ignore la cession intervenue et paye le sous-traitant, de bonne foi, directement, le paiement devrait être considéré comme valable puisque en vertu de l'article 1690 alinéa 2 et alinéa 4 : « La cession n'est opposable au débiteur cédé qu'à partir du moment où elle a été notifiée au débiteur cédé ou reconnue par celui-ci. (...) La cession n'est pas opposable au créancier de bonne foi du cédant, auquel le débiteur a, de bonne foi et avant que la cession ne lui soit notifiée, valablement payés ».

G. Effets de l'action directe

90. **Double effet.** Certains auteurs qualifient l'action directe de figure juridique hybride [236]. En effet, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer ci-avant, on considère traditionnellement qu'elle peut être exercée à des fins conservatoires ou d'exécution. Les auteurs néerlandophones parlent de « *zekerheidsfunctie* » ou « *zakenrechtelijk-dimensie* » et de « *betalingsfunctie* » [237].

L'effet conservatoire consiste en ce que l'exercice de l'action directe par le sous-traitant entraîne l'indisponibilité totale de la créance de l'entrepreneur principal à l'égard du maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage ne peut plus valablement payer l'entrepreneur et s'il le fait, il risque de devoir payer deux fois [238]. Cet « effet conservatoire » de l'action directe est le premier effet, sur le plan chronologique.

Il en est ainsi même lorsque la somme qui reste due au sous-traitant est très inférieure à celle qui est due à l'entrepreneur principal [239]. Le risque que la somme due au sous-traitant (créance-cause) soit inférieure à la créance-assiette est évidemment encore plus grand dans le cadre d'une conception extensive de la créance-assiette (voy. *supra* n° 81).

Ensuite, dans un second temps, l'action directe va mener au payement par le maître de l'ouvrage directement entre les mains du sous-traitant, sans qu'un

236. E. Dirix et R. De Corte, « Zekerheidsrechten », *in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Anvers, Kluwer, 2006, n° 567.

237. V. Sagaert, note sous Cass., 18 mars 2010, *R.W.*, p. 999.

238. Voy. la note de W. Goossens sous Anvers, 5 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006, pp. 484 et s.

239. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 57 et les exemples qu'il cite, notamment un arrêt de la Cour d'appel de Gand (Gand, 6 janvier 1995, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 910).

double paiement entre le sous-débiteur et le débiteur, puis entre le débiteur et le créancier ne doive avoir lieu, ce qui facilite le paiement[240]. C'est l'effet « mesure d'exécution ». Il faut préciser que lorsqu'elle est utilisée en tant que mesure d'exécution, l'action directe requiert que la créance-cause soit non seulement certaine et exigible, mais également liquide[241]. La créance-assiette doit quant à elle à ce moment également répondre aux conditions de certitude, liquidité et exigibilité.

91. **Exigibilité du paiement envers le sous-traitant.** La doctrine considère qu'une fois que le maître de l'ouvrage a été sommé de payer sa dette par le sous-traitant, les intérêts sont dus sur les sommes concernées et ces intérêts peuvent, le cas échéant, être capitalisés[242]. Il faut préciser que l'exigibilité du paiement envers le sous-traitant ne peut naitre qu'au moment où la créance assiette est elle-même devenue exigible.

H. Clauses restrictives

92. **Clauses du contrat d'entreprise principale.** Il est unanimement admis que les clauses d'un contrat d'entreprise conclu entre un maître de l'ouvrage et un entrepreneur qui priveraient le sous-traitant du second du bénéfice de l'action direct seraient de nul effet[243]. Le contrat d'entreprise principale étant un contrat distinct, le sous-traitant ne peut se voir imposer des clauses qui n'ont pas été soumises à son accord.

On pourrait envisager que pour contourner cette interdiction, le maître de l'ouvrage fasse participer le sous-traitant au contrat d'entreprise principale ou qu'il obtienne de son entrepreneur une clause de porte-fort. Ceci pose cependant la question de la possibilité ou non pour le sous-traitant de renoncer à l'avance au bénéfice de l'action directe, que nous abordons au point suivant.

93. **Clauses du contrat de sous-traitance.** *Quid* si une clause restrictive est reprise dans le contrat de sous-traitance lui-même ? Le sous-traitant peut-il lui-même renoncer, par avance à exercer l'action directe, dans le contrat qui le lie à l'entrepreneur ?

240. V. Sagaert, note sous Cass., 18 mars 2010, *R.W.*, p. 999.

241. Sur l'exigence de liquidité : Liège, 23 octobre 1998, *R.R.D.*, 2000, p. 43.

242. Voy. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *in Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 135 et les références citées. *Contra* : Liège, 23 mai 1996, *T. Aan.*, 1997, p 589. Cet arrêt considère que la capitalisation des intérêts n'est pas possible, étant donné l'absence de lien contractuel entre le maitre de l'ouvrage et le sous-traitant.

243. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 54 ; L. Simont, « Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil », note sous Liège, 21 février 1964, *R.C.J.B.*, 1964, p. 42. Les auteurs ne sont toutefois pas d'accord sur le fondement à donner à une telle nullité.

L'article 1798 du Code civil n'est pas considéré comme étant d'ordre public[244]. Cependant, s'agissant d'une disposition qui vise à protéger le sous-traitant, cet article est considéré comme ayant un caractère impératif[245]. Dès lors, le sous-traitant, partie protégée, ne peut renoncer par avance au bénéfice de l'action directe. Une telle clause serait de nullité relative : le sous-traitant pourrait soulever la nullité de la clause tant qu'elle est nécessaire à la protection de ses intérêts, soit, selon P. Henry, jusqu'au paiement effectué par le maître de l'ouvrage[246].

De même, toute clause limitant ou prévoyant des formes plus lourdes pour l'exercice de l'action directe devrait être frappée de nullité relative.

93*bis* **Clauses extensives.** Par contre, rien n'empêcherait les parties d'étendre le champ d'application de l'article 1798 du Code civil ou de prévoir des conditions d'exercice encore plus souples[247]. Certains auteurs soulignent, à juste titre selon nous, que la volonté des parties d'étendre la portée de l'action directe suppose un double montage contractuel, au niveau du contrat de sous-traitance mais également au niveau du contrat d'entreprise principale[248]. En effet, l'extension de l'action directe a un double effet : d'une part, elle a une incidence sur la possibilité pour l'entrepreneur de réclamer des sommes au maître de l'ouvrage lorsque le sous-traitant a exercé son action directe et d'autre part, cette extension nécessite une acceptation par le maître de l'ouvrage puisqu'il pourrait être tenu de payer directement au sous-traitant plus que dans l'hypothèse d'une application stricte de l'article 1798 du Code civil[249].

II.1.2 Action directe et pluralité de sous-traitants

94. **Deux questions spéciales.** La multiplication des acteurs susceptibles d'intervenir dans le cadre de contrats d'entreprise et de sous-traitance, en particulier dans le domaine de la construction, invite à approfondir deux questions en matière d'action directe :

- les sous-traitants au-delà du second degré peuvent-il intenter une action directe ?

244. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 54.

245. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », *in Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 146. Il faudrait parler d'une impérativité unilatérale puisque celle-ci vise la protection d'une seule des parties, le sous-traitant.

246. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 54.

247. Les parties ne pourraient cependant pas, selon nous, par ce biais, déclarer que l'action directe sera applicable nonobstant la faillite de l'entrepreneur principal puisque ce serait contraire au principe de l'égalité des créanciers..

248. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », in *Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 146.

249. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action directe aux voies détournées », in *Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 146.

- que se passe-t-il dans l'hypothèse où plusieurs actions directes sont intentées parallèlement par plusieurs sous-traitants ?

A. Sous-traitance en cascade

95. Sous-traitants du second degré et au-delà. Lorsqu'il y a une cascade de sous-traitants, se pose la question de savoir si le sous-traitant du deuxième degré et les sous-traitants au-delà peuvent invoquer le bénéfice de l'action directe.

En ce qui concerne le sous-traitant au deuxième degré, son sort est réglé expressément par le texte de l'article 1798 du Code civil : « le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier ». Le sous-traitant du deuxième degré peut donc indiscutablement invoquer l'article 1798 du Code civil à l'égard de l'entrepreneur principal. Il a été décidé que cette règle implique que le sous-traitant au deuxième degré peut, sur la base de ses propres factures (donc sans intervention judiciaire) exercer une saisie-arrêt entre les mains du maître de l'ouvrage : étant donné que le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage, ce dernier devient ainsi le débiteur direct du sous-traitant et, sur la base de l'article 1445 du Code judiciaire, ce dernier pourrait comme tout créancier exercer une saisie entre les mains du débiteur de son débiteur [250].

L'extension du bénéfice de l'action directe au-delà du sous-traitant du deuxième degré est en revanche discutée [251]. Se basant sur la *ratio legis* de l'article 1798 du Code civil qui était de limiter les répercussions d'une faillite de l'entrepreneur principal sur la situation économique des sous-traitants, certains estiment que l'action directe vise toute la chaîne de sous-traitance. Ainsi, tout sous-traitant, quel que soit son niveau, pourrait invoquer l'article 1798 vis-à-vis de l'intervenant se situant deux échelons au-dessus de lui dans la chaine de sous-traitance [252].

D'autres auteurs soulignent qu'il faut interpréter de manière stricte l'article 1798 du Code civil et qu'il faut dès lors en limiter les effets au sous-traitant de second degré [253]. Certains auteurs citent l'arrêt de la Cour Constitutionnelle

250. Civ. Bruxelles (saisie), 30 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 281, obs. G. De Leval, cité par F. T'Kint et W. Derijcke, « Overzicht van rechtspraak (1990-2004). Het voorrecht en de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer », *T.B.H.*, 2004, p. 857. Par contre, le sous-traitant au second degré ne peut exercer l'action directe à l'égard de ce maître de l'ouvrage, celle-ci ne pouvant être exercée qu'à l'égard de l'entrepreneur principal.

251. Pour un exposé de cette controverse, voy. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *in Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 127.

252. Bruxelles, 8 novembre 1995, *D.A.O.R.*, 1995, p. 89 ; R. De Briey et O. Jauniaux, « La sous-traitance, questions choisies à l'attention des praticiens », *in Droit de la construction*, Liège, Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, 2006, pp. 151-154.

253. Pour un exposé de la controverse, voy. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 50.

du 28 juin 2006 qui va en ce sens, puisque la Cour y relève que « (...) l'article 1798 du Code civil ne peut être interprété de manière extensive dès lors qu'une action directe est une institution dérogatoire au droit commun » [254].

96. Clauses contractuelles. Pour éviter les incertitudes à ce sujet, rien n'empêche les cocontractants d'étendre le champ d'application de l'article 1798 du Code civil au-delà du champ d'application légal en prévoyant que l'action directe pourra être invoquée par les sous-traitants du troisième et quatrième degré. Il s'agirait alors de stipulations pour autrui, qui doivent correspondre aux exigences de l'article 1121 du Code civil [255]. Le maître de l'ouvrage peut y trouver un intérêt pour éviter, dans certaines situations, que des sous-traitants du second degré et au-delà, dont le rôle serait essentiel pour la poursuite du chantier, soient bloqués par les défauts de paiement d'un entrepreneur indélicat, sans pouvoir par ailleurs obtenir un paiement du maître de l'ouvrage, et avec le risque qu'un paiement direct desdits sous-traitants par le maître de l'ouvrage soit considéré comme irrégulier en droit.

B. Concours entre actions directes

97. Position de la question. L'hypothèse où plusieurs sous-traitants interviennent sur un même chantier pour un entrepreneur principal est fréquente. Il est admis que plusieurs actions directes peuvent être successivement exercées par différents sous-traitants contre un même maître de l'ouvrage du chef de créances à l'encontre d'un même entrepreneur principal [256]. Des sous-traitants peuvent ainsi se joindre à l'action en justice intentée par le premier sous-traitant [257].

Se pose alors la question de savoir comment se règle une telle situation de concours entre plusieurs actions directes.

Cette hypothèse est à distinguer de la question du sort de l'action directe en cas de concours affectant le patrimoine de l'entrepreneur (faillite, liquidation...) que nous avons abordée ci-dessus [258].

254. C. Const., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 184, cité par L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *in Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 129.

255. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 55.

256. O. Jauniaux, « L'action directe du sous-traitant – Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 267, note 139.

257. L'intervention volontaire (agressive) d'autres sous-traitants ferait alors naitre une demande autonome connexe à la demande introductive d'instance du sous-traitant premier agissant et devrait elle aussi répondre aux mêmes conditions que l'action du premier agissant (B. Van Lierde, note sous Gand, 7 mars 2007, *Entr. et Dr.*, 2009, p. 47).

258. Nous n'abordons pas non plus ici la question du concours entre l'action directe et une saisie-arrêt, conservatoire ou exécution,pratiquée entre les mains du maître de l'ouvrage par un créancier de l'entrepreneur principal (voy. à ce sujet O. Jauniaux, « L'action directe du sous-traitant – Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 265).

Le principe en matière d'actions directes en général, est que « lorsque plusieurs titulaires d'une action directe viennent en concours par suite de l'exercice de leurs droits contre le sous-débiteur, mais que le montant de la dette de ce dernier est insuffisant pour faire face aux réclamations de tous les titulaires, il y a lieu à une répartition au marc le franc » [259].

Cette solution est appliquée en ce qui concerne l'action directe prévue à l'article 1798 du Code civil. Lorsqu'un maître de l'ouvrage est confronté à différentes actions directes mises en œuvre par plusieurs sous-traitants, il ne peut être condamné à payer un montant supérieur à celui qu'il doit lui-même à l'entrepreneur. Il y a donc lieu d'opérer une répartition au marc le franc entre les sous-traitants impayés [260]. Aucune priorité entre les sous-traitants ne découle du moment de l'introduction de l'action [261].

Ainsi, si l'action directe met son bénéficiaire à l'abri de tout concours avec les créanciers de l'entrepreneur principal, le sous-traitant entre par contre en concours avec les créanciers du maître de l'ouvrage, notamment les sous-traitants [262].

98. **Élargissement de la créance-assiette.** Les sous-traitants qui se joignent à l'action directe du premier agissant (avant la faillite de l'entrepreneur principal) bénéficient de l'indisponibilité qui frappe, dès l'intentement de l'action directe par le premier agissant, les créances-assiettes exigibles ou non ; ils pourront réclamer paiement de leurs créances résultant du même chantier et devenues exigibles avant la clôture des débats [263]. La répartition proportionnelle entre tous les sous-traitants implique que l'assiette des droits des sous-traitants comprenne toutes les sommes dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal au jour de l'introduction de la dernière action directe dont la juridiction est saisie [264].

259. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 727. L'article 86 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (tel que modifié par une loi du 2 août 2002) consacre le principe en matière d'assurance de responsabilité.
260. Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 789 et note F. Georges. Voy. également Liège, 23 octobre 1998, *R.R.D*, 2000, p. 43 et note P. Wery ; Comm. Anvers, 24 février 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 264 ; M.-A. Flamme, Ph. Flamme, A. Delvaux et Fr. Pottier, *Le Contrat d'entreprise, chronique de jurisprudence, 1990-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 270.
261. Liège, 20 mai 1997, *Entr. et Dr.*, 1997, p. 383. Voy cependant M. Gregoire, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006 p. 365.
262. P. Wery, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 761.
263. Pour un examen de plusieurs décisions rendues quant à des questions procédurales en matière d'action directe, voy. T'Kint et W. Derijcke, « Overzicht van rechtspraak (1990-2004). Het voorrecht en de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer », *T.B.H.*, 2004, p. 867.
264. Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997 ; T'Kint et W. Derijcke, « Overzicht van rechtspraak (1990-2004). Het voorrecht en de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer », *T.B.H.*, 2004, p. 867. P. Henry se demande cependant si ces principes ne risquent pas d'être remis en question suite aux arrêts de la Cour de cassation de 2004 en matière de faillite et de liquidation. En effet, si la Cour étend sa jurisprudence aux situations de concours nées d'une saisie-arrêt, ne faudra-t-il pas décider que la première action directe a saisi les droits des saisissants, les autres n'ayant plus la faculté d'introduire de nouvelles actions, en tout cas pour ce qui a déjà été mis en concours ? (P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 59).

II.1.3 Moyens de défense du maître de l'ouvrage

99. **Différents types d'exceptions.** Pour paralyser l'action directe exercée par le sous-traitant, on admet que le maître de l'ouvrage peut opposer au bénéficiaire de l'action :

- les exceptions que le maître de l'ouvrage peut personnellement opposer à l'entrepreneur à la condition qu'elles aient une cause antérieure à l'exercice de l'action ;
- les exceptions que l'entrepreneur principal peut personnellement opposer au bénéficiaire de l'action directe, ici peu importe qu'elles aient ou non une cause antérieure à l'exercice de l'action directe [265].

Dans la pratique, les unes comme les autres peuvent être de natures très diverses : paiements antérieurs, malfaçons, indemnité de retard, compensation... [266]

Ces exceptions constituent pour le maître de l'ouvrage un moyen de réaction immédiat puisqu'elles vont avoir pour effet de diminuer l'étendue soit de la créance-cause (pour les secondes) soit de la créance assiette (pour les premières) et donc le montant final payable au sous-traitant.

A. L'exception d'inexécution

100. **Exigence d'antériorité nuancée.** Le maître de l'ouvrage ne peut opposer au sous-traitant les exceptions qu'il tire de sa relation avec l'entrepreneur que dans la mesure où celles-ci ont une cause antérieure à l'exercice de l'action directe [267].

Les modalités d'exercice de l'action directe prennent ici toute leur importance puisque ce sont elles qui vont déterminer le moment où la situation du maître de l'ouvrage est cristallisée [268]. Le moment-clé pour apprécier l'antériorité des exceptions sera donc le moment où, pour la première fois, le sous-traitant a porté à la connaissance du maître de l'ouvrage sa volonté d'exercer son droit [269].

La condition d'antériorité sera remplie si l'exception était déjà « en germe » au moment de l'exercice de l'action directe. Il en va ainsi de l'exception d'inexécution : « l'exception d'inexécution fondée sur l'interdépendance des

265. Selon certains, la condition d'antériorité est nécessaire pour les deux types d'exceptions (O. Jauniaux, « L'action directe du sous-traitant – Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 262.)
266. O. Jauniaux, « L'action directe du sous-traitant – Entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, p. 262.
267. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. J.L.M.B., Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 53.
268. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *in Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 140.
269. Voy. *supra* n° 86.

obligations réciproques des parties est inhérente à la nature du contrat synallagmatique, en sorte qu'elle préexiste à l'inexécution elle-même » [270].

Le maître de l'ouvrage pourra donc toujours se prévaloir de fautes dans l'exécution du contrat d'entreprise, même s'il n'avait pas encore formulé de réclamation au moment de l'exercice de l'action directe, puisque l'exception d'inexécution doit toujours être prise en compte comme étant antérieure à l'exercice de l'action directe [271]. Il faut préciser que ces inexécutions peuvent tout autant affecter la partie de chantier confiée au sous-traitant que des aspects de ce chantier étrangers à l'entreprise du sous-traitant. Les inexécutions invoquées nous semblent même pouvoir concerner des chantiers autres que celui où le sous-traitant est intervenu, si l'on adopte une conception extensive de la créance-assiette ou dans le cas où une clause de connexité ou d'unicité a été conclue entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. En effet, le maître de l'ouvrage peut soulever toutes les exceptions qui concernent le lien contractuel existant entre lui et l'entrepreneur principal et le sous-traitant ne pourra se prévaloir, pour tenter de les contester, de ce qu'aucune exception ne concerne les travaux qu'il a réalisés [272]. C'est évidemment au maître de l'ouvrage qu'il incombe de rapporter la preuve de l'inexécution dont il se prévaut [273].

101. Exception d'inexécution et faillite de l'entrepreneur. L'on ajoutera qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'entrepreneur principal, l'inexécution par ce dernier de ses obligations justifiant l'application de l'exception d'inexécution, devient définitive [274]. Ce principe a été rappelé dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège, du 30 juin 2000 [275] : « Si l'inexécution intervient suite à la faillite de l'entrepreneur principal, elle sera définitive. Le maître sera délié de son obligation de paiement, sous réserve d'un solde dû pour travaux exécutés ou fournitures faites. La circonstance que la défaillance est devenue définitive en raison de la faillite ne prive pas le maître de l'ouvrage du bénéfice de l'exception d'inexécution ».

B. L'exception de compensation

102. Mécanisme de compensation. Parmi les exceptions que le maître de l'ouvrage peut soulever figure également l'exception de compensation. En vertu de l'article 1289 du Code civil, lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une de l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint leurs dettes

270. Cass., 25 mars 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 712.
271. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *in Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 140.
272. R. de Briey, « Droit de la construction – questions d'actualité », colloque Fucam, 2004, p. 32.
273. Comm. Tongres, 10 octobre 1994, *Limb. Rechtsl.*, 1995, p. 72.
274. C. Jassogne, « Action directe et privilège du sous-traitant », *R.R.D.*, 1991, p. 124.
275. Liège, 30 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 597.

réciproques. Ainsi, si le maître de l'ouvrage est lui-même titulaire d'une créance envers son entrepreneur, leurs dettes respectives s'éteignent à concurrence de la dette la moins élevée. La compensation joue par le seul effet de la loi lorsque les dettes réciproques portent sur des choses fongibles et qu'elles sont certaines, liquides et exigibles.

103. Question des dettes réciproques étroitement connexes. En principe, cette exception ne peut être soulevée que si toutes les conditions de la compensation sont remplies avant l'exercice de l'action directe.

On peut se demander si lorsque la compensation concerne des dettes réciproques étroitement connexes ou nées du même contrat ou rapport synallagmatique, elle peut être soulevée même si ses conditions ne sont remplies qu'après l'exercice de l'action directe.

L'on se rappelle que l'exclusion de la compensation en cas de concours, prévue par l'article 1298 du Code civil souffre une exception importante lorsqu'il existe entre les deux dettes réciproques une étroite connexité [276] : dans ce cas la compensation reste possible. Cette exception est applicable dans le cas d'une saisie-arrêt, pour la compensation que peut invoquer le débiteur tiers-saisi [277]. Etant donné qu'il existe certaines similitudes entre la saisie-arrêt et l'action directe [278], on pourrait se demander si le maître de l'ouvrage serait en droit d'invoquer la compensation, même née après l'exercice de l'action directe, lorsqu'il s'agit de dettes réciproques étroitement connexes.

Dans une affaire où l'entrepreneur était tombé en faillite peu de temps après l'exercice de l'action directe d'un sous-traitant, le tribunal de commerce de Liège a décidé « Les parties au contrat d'entreprise ont placé conventionnellement leurs relations dans un lien d'unicité. De façon plus générale, il est de jurisprudence et de doctrine constantes qu'une compensation peut, nonobstant la survenance de la faillite, jouer lorsqu'il s'agit de dettes et créances réciproques, même nées de contrats distincts, s'il existe entre elles un lien étroit de connexité » [279]. Dès lors, le fait que l'entrepreneur était tombé en faillite n'empêchait pas le maître de l'ouvrage d'opposer au sous-traitant les malfaçons, retards et inexécution de l'entrepreneur venant en déduction de sa dette. Selon certains, cela reviendrait à considérer que le droit pour le maître de l'ouvrage

276. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2167 ; M. Grégoire, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 748.
277. M. Gregoire, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, n° 549, p. 400 et n° 561, p. 410 cité par P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2168.
278. V. Sagaert, « De uitoefening van een (onvolmaakte) rechtstreekse vordering : de kennisgeving aan de onderschuldenaar als peildatum », note sous Cass., 18 mars 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 999.
279. Comm. Liège, 8 août 2002, inédit, cité par B. Louveaux, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1313.

d'opposer une compensation entre des dettes réciproques étroitement connexes doit être traité comme l'exception d'inexécution [280].

La Cour de cassation a récemment rappelé le caractère « inhérent au rapport synallagmatique », non seulement de l'exception d'inexécution, mais aussi du droit de résolution en cas de manquement en vertu de l'article 1184 du Code civil et la demande d'indemnisation fondée sur celui-ci [281]. Cet arrêt concernait une affaire où un entrepreneur était tombé en faillite et où les curateurs avaient demandé suite à cela la résiliation du contrat conclu avec le maître de l'ouvrage.

Les juges d'appel avaient rejeté la demande du maître de l'ouvrage de pouvoir procéder à la compensation entre sa créance en indemnisation et la dette résultant de deux factures pour les travaux partiellement exécutés, dès lors que les deux créances n'étaient pas antérieures à la naissance du concours, la demande d'indemnisation de la demanderesse n'étant née qu'au moment où les curateurs ont décidé de résilier la convention. La Cour de cassation a cassé cet arrêt de la Cour d'appel, pour les motifs suivants : « L'article 1298 du Code civil dispose que, d'une manière générale, il n'y a pas de compensation au préjudice des droits acquis des tiers. Il résulte de ces règles, qui constituent une application du principe de l'égalité entre les créanciers après concours et du principe de fixation, que la compensation de dettes après faillite est, en principe, exclue. La reconnaissance de la compensation dans les cas où il existe une connexité étroite entre les créances ne porte pas atteinte à la règle de l'égalité entre les créanciers en cas de faillite. La compensation est ainsi possible dans ces circonstances même si les conditions de la compensation n'ont été remplies que postérieurement à la faillite. La compensation reste toutefois, en principe, exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, fussent-elles connexes. Dans les contrats synallagmatiques, l'exception d'inexécution, le droit de résolution en cas de manquement en vertu de l'article 1184 du Code civil et la demande d'indemnisation fondée sur celui-ci sont inhérents aux rapports juridiques et ils sont réputés exister dès l'origine quel que soit le moment où une des parties contractantes les invoque ».

Même si cet arrêt ne concerne pas l'action directe en tant que telle, il est intéressant en ce qu'il rappelle que la dette d'indemnisation fondée sur l'article 1184 du Code civil doit être considérée comme inhérente au contrat synallagmatique. Dès lors, la compensation entre la dette du maître de l'ouvrage et la créance de ce dernier envers l'entrepreneur du chef d'une indemnisation sur la base de l'article 1184 ne devrait-elle pas être possible, même si l'inexécution à la base de la résolution était postérieure à l'action directe, étant donné que

280. B. Louveaux, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1313, citant le jugement inédit précité du tribunal de commerce de Liège du 8 août 2002.
281. Cass., 4 février 2011, *R.W.*, 2011, p. 488 et note R. Houben.

cette demande d'indemnisation résultant de l'article 1184 est réputée « exister dès l'origine » ? Eu égard à ce qui précède, la question nous semble en tout cas pouvoir être posée [282].

En pratique, cette question aura surtout de l'importance dans l'hypothèse où l'entrepreneur est entretemps tombé en faillite. À cet égard l'on rappelle qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'entrepreneur principal, l'inexécution par ce dernier de ses obligations justifiant l'application de l'exception d'inexécution, devient de toute façon définitive, de sorte que le maître de l'ouvrage est considéré comme délié de son obligation de paiement pour les travaux déjà exécutés (voy. *supra* n° 101).

C. La question des indemnités de retard, décomptes et retenues au profit de l'État

104. Exceptions venant en diminution de la créance-assiette. Comme nous l'avons déjà évoqué, la créance du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur, soit la créance-assiette de l'action directe du sous-traitant, peut se voir réduite par d'éventuels décomptes ou indemnités de retard dus par l'entrepreneur au maître de l'ouvrage. Si ceux-ci ne sont pas encore connus au moment de l'intentement de l'action directe, ils pourront être déduits au moment du paiement de la créance au sous-traitant (à condition que leur cause soit antérieure à l'exercice de l'action directe).

105. Une question spéciale : les retenues en matière fiscale et sociale. Une autre cause de réduction de l'assiette de l'action directe est à mentionner : il s'agit des dettes fiscales ou sociales de l'entrepreneur à l'égard de l'État, qui ont pour conséquence que tout payement à l'entrepreneur ou au sous-traitant doit faire l'objet d'un pourcentage de retenues.

Ce mécanisme des retenues en cas de dettes fiscales ou sociales est prévu par les articles 402 et suivants du Code d'Impôts sur les Revenus et l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944, tels qu'ils ont été modifiés par la loi-programme du 27 avril 2007 [283] et

282. On notera qu'en matière de cession de créance, la Cour de cassation a décidé, dans son arrêt du 26 juin 2003 (*R.C.J.B.*, 2007, et note B. De Coninck, « Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes »), que l'exception de compensation, dont le mécanisme ne suppose pas l'interdépendance des obligations réciproques, n'est pas inhérente à la nature du contrat synallagmatique. La constatation entre les obligations réciproques d'un lien de connexité de nature à justifier que la compensation s'opère entre les débiteurs nonobstant la faillite de l'un d'eux est sans incidence sur les conditions auxquelles le débiteur cédé peut, en cas de cession de la créance du failli, opposer au cessionnaire l'exception fondée sur la compensation. Dès lors, en cas de cession de créance, même si elle concerne des créances connexes, ne peut plus être invoquée après que la créance ait été cédée (voy. à ce sujet R. Feltkamp, *De overdracht van schuldvordering*, Anvers-Oxford, Intersienta, 2005, pp. 531-543).
283. *M.B.*, 8 mai 2007 (3e éd.), err. *M.B.*, 23 mai 2007, err., *M.B.*, 8 octobre 2007. La législation belge antérieure imposait un régime de solidarité et de retenues sociales et fiscales similaire en cas

par la loi du 14 avril 2011 portant des dispositions diverses [284]. Selon ce système, le maître de l'ouvrage a l'obligation, tant avant la conclusion du contrat d'entreprise qu'avant tout paiement, de vérifier, via la consultation d'une banque de données électroniques, s'il existe dans le chef de l'entrepreneur des dettes sociales ou des dettes fiscales. En cas de réponse positive, le maître de l'ouvrage doit effectuer une retenue de respectivement 35 % (pour les dettes sociales) ou 15 % (pour les dettes fiscales) avant tout paiement. Si les retenues et versements ne sont pas correctement réalisés, le maître de l'ouvrage, pour autant qu'il soit soumis au système, encourt le risque d'être tenu responsable solidairement, à concurrence de certains pourcentages, pour les dettes sociales/fiscales de son entrepreneur [285]. L'entrepreneur est lui-même tenu aux mêmes obligations de vérification et de retenues envers ses sous-traitants.

Dès lors, dans le cas de l'exercice d'une action directe, l'assiette de celle-ci sera diminuée à concurrence de la retenue légalement prévue.

L'article 408 du Code d'Impôts sur les Revenus prévoit expressément que ce régime des retenues reste applicable « en cas de faillite ou de tout autre concours de créanciers de même qu'en cas de cession, saisie-arrêt, nantissement, dation en paiement ou d'action directe visée à l'article 1798 du Code civil ou de procédure en réorganisation judiciaire » [286].

Dans un arrêt du 13 juin 2008 [287], la Cour de cassation confirme cette obligation d'opérer des retenues en faveur de l'État :

« Après avoir constaté que le demandeur a formé « une demande tendant à ce qu'il soit dit pour droit que, dès lors que l'entrepreneur principal a vu son enregistrement radié du fait de sa faillite, la [première défenderesse] est tenue

d'intervention d'un entrepreneur non-enregistré. Depuis la loi du 8 mai 2007 (qui fait suite à un arrêt de la C.J.C.E. du 9 novembre 2006 (J.O.C.E., 4 décembre 2006, C 300)), l'absence d'enregistrement ne peut en soi justifier seule l'application automatique des systèmes de retenue et responsabilité solidaire. Le législateur fait désormais référence à l'existence de dettes fiscales ou sociales au moment où le paiement doit être effectué. Sur le nouveau régime, voy. aussi L. Strepenne, « L'enregistrement comme entrepreneur – nouvelle mouture et ses conséquences... Un rapide état des lieux à l'occasion de son premier anniversaire », *C.&F.P.*, 2009/2, pp 37-40. Voy. aussi les dernières modifications apportées par la loi du 7 novembre 2011 (M.B., 10 novembre 2011 – entrée en vigueur à date indéterminée) qui supprime le régime de l'enregistrement.

284. Ce système n'est toutefois pas d'application lorsque le maître de l'ouvrage est une personne physique dans la mesure où il fait exécuter des travaux à des fins strictement privées (article 407 C.I.R 1992 et article 30 bis de la loi du 27 juin 1969).

285. C. De Wolf et A. Verheggen, « De aannemersschuldenregeling en de rechtstreekse vordering : een gewaarschuwd opdrachtgever controleert voor twee », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 115.

286. De même, l'article 30*bis*, § 11 de la loi du 27 juin 1969 prévoit : « Le présent article reste applicable en cas de faillite ou de tout autre concours de créanciers de même qu'en cas de cession, saisie-arrêt, nantissement, dation en paiement ou d'action directe visée à l'article 1798 du Code Civil ou de procédure en réorganisation judiciaire ».

287. Cass., 13 juin 2008, F.06.0130.F (publié sur www.juridat.be).

d'effectuer sur ses paiements les retenues prévues par l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 et l'article 402 du Code des impôts sur les revenus 1992 » et relevé que les sous-traitants avaient, sur la base de l'article 1798 du Code civil, formé contre la première défenderesse une action directe en paiement de leurs créances sur l'entrepreneur principal, l'arrêt décide que « la question de l'enregistrement doit dès lors être posée pour chacun des sous-traitants susceptibles de recevoir un payement directement du maître de l'ouvrage, plutôt que pour l'entrepreneur principal par le patrimoine duquel les fonds n'auront pas à transiter » et invite les sous-traitants qu'il désigne à justifier de leur enregistrement régulier.

L'article 403, § 1er, du Code des impôts sur les revenus 1992 dispose que le commettant qui effectue le paiement de tout ou partie du prix de travaux visés à l'article 400, 1°, à un entrepreneur qui, au moment du paiement, n'est pas enregistré, est tenu, lors du paiement, de retenir et de verser 15 % du montant dont il est redevable, y compris la taxe sur la valeur ajoutée, au fonctionnaire désigné par le Roi et selon les modalités qu'il détermine.

En vertu de l'article 408 du même code, l'article 403 reste applicable notamment en cas d'action directe visée à l'article 1798 du Code civil (...)

En omettant de faire application de ces dispositions, qui obligent le commettant à effectuer au profit de l'État les retenues prévues également en cas d'action directe d'un sous-traitant, l'arrêt viole les dispositions visées en cette branche du moyen ».

D. Un maître de l'ouvrage en situation difficile ?

106. **Position du maître de l'ouvrage.** Confronté à une action directe exercée par un sous-traitant, le maître de l'ouvrage se trouve dans une situation souvent difficile. Il se retrouve « enrôlé de force » dans une réclamation, contentieuse ou non, dont il n'avait probablement aucune connaissance jusque là et devient partie à une relation triangulaire et juridiquement complexe [288]. « L'action directe, en raison des exceptions que le maître de l'ouvrage peut opposer, génère en toute hypothèse une vision critique des travaux réalisés : toute malfaçon est susceptible d'être relevée et valorisée pour mettre cette valeur en déduction de ce qui est dû à l'entrepreneur principal » [289].

Le plus souvent, le maître de l'ouvrage n'a d'autre solution que de retenir son paiement jusqu'à accord entre parties ou intervention d'une autorité de justice. Toutefois, à partir du moment où il est en défaut de payer la créance du sous-traitant (c'est-à-dire lorsque tant la créance-cause que la créance-assiette sont devenues liquides et exigibles), il risque de devoir payer des intérêts mora-

288. P. Schillings, obs. sous Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 86.

289. P. Schillings, obs. sous Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 87.

toires [290]. La Cour d'appel de Liège a ainsi décidé que l'obligation du maître de l'ouvrage vis-à-vis du sous-traitant se bornant au paiement d'une somme d'argent et rentrant ainsi dans le prescrit de l'art. 1153 du Code civil, il en résulte que le maître de l'ouvrage est tenu des intérêts moratoires au taux légal sur sa propre dette depuis la citation le mettant en demeure de payer [291].

À cet égard, un avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières propose de compléter l'article 1798 comme suit : « En cas de désaccord entre le sous-traitant et l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage peut consigner les sommes dues à la Caisse des dépôts et consignations » [292].

En attendant, les parties pourraient prévoir contractuellement qu'en cas d'exercice de l'action directe par un sous-traitant, le maître de l'ouvrage pourra consigner la somme due au sous-traitant, sur un compte bloqué ou auprès de la Caisse des dépôts et consignations. Cette faculté pourrait aussi être accordée par le juge en cas de procédure judiciaire.

107. Clauses contractuelles. Par ailleurs, l'exercice des actions directes, suite aux défaillances de l'entrepreneur, est susceptible de causer au maître de l'ouvrage des frais parfois importants.

À cet égard, rien n'empêche le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur d'insérer dans leur contrat une clause par laquelle l'entrepreneur général prend en charge tous les frais qui pourraient résulter, pour le maître de l'ouvrage, de l'exercice d'actions directes par les sous-traitants [293].

II.2 Examen de deux situations particulières : la sous-traitance imposée et les clauses de transparence

II.2.1 Libre choix des sous-traitants *versus* sous-traitants désignés ou imposés par le maître de l'ouvrage

A. Notion

108. Avantages pour le maître de l'ouvrage. Lorsque l'ampleur ou la complexité de l'entreprise nécessitent l'intervention de plusieurs acteurs, c'est le plus souvent l'entrepreneur général aura pour mission de choisir et de coordonner les différents intervenants entrepreneurs et d'en assumer la responsabilité à l'égard de son cocontractant [294]. Dans une telle configuration juridique, le maître de l'ouvrage est privé du choix du spécialiste intervenant en sous-traitance et doit supporter la marge que compte l'entrepreneur principal pour le travail de coordination et la charge de responsabilité.

Pour éviter ces inconvénients, le maître de l'ouvrage peut opter pour un schéma de *sous-traitance imposée*, que l'on peut définir comme la situation dans laquelle « le maître de l'ouvrage désigne les différents intervenants entrepreneurs selon leur domaine de spécialités et impose au titulaire du Lot 1 (le gros œuvre), une mission de coordination et de pilotage des autres intervenants, et la responsabilité de leur intervention, dès lors qu'il est tenu de les prendre comme sous-traitants et se les voit ainsi imposer » [295].

Le recours à la sous-traitance imposée présente donc, pour le maître de l'ouvrage, l'avantage de choisir l'ensemble des entrepreneurs qui interviendront dans l'exécution du chantier, tout en ne conservant qu'un seul interlocuteur, responsable de la bonne exécution du marché : l'entrepreneur principal. Cependant, comme nous le verrons, les conséquences en termes de responsabilité peuvent s'avérer lourdes pour le maître de l'ouvrage.

Le degré d'intervention du maître de l'ouvrage dans la désignation du sous-traitant peut évidemment varier, pouvant aller d'une limitation du choix de l'entrepreneur principal jusqu'à la désignation pure et simple de ce sous-traitant. Dans certains cas, il arrive même que l'entrepreneur se voit imposer les conditions contractuelles auxquelles il doit conclure avec le sous-traitant.

109. Validité. Le recours à la sous-traitance imposée est tout à fait valable. Le contrat d'entreprise principal – à l'issue duquel l'entrepreneur s'engage à confier une partie des travaux à un sous-traitant déterminé – et la convention de sous-traitance conclue en conséquence sont parfaitement valides en droit civil : le fait que le maître de l'ouvrage ait imposé un sous-traitant à l'entrepreneur n'apparaît pas de nature à vicier le consentement de ce dernier [296]. « L'entrepreneur principal, a en définitive, accepté de contracter dans les conditions qui lui ont été imposées » [297].

290. B. Louveaux, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1314.

291. Liège, 23 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 589. Voy. aussi Liège, 31 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1340.

292. Avant-projet de loi modifiant le code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, Rapport du 14 octobre 2011 du groupe d'experts sur les sûretés, créé par le ministre de la Justice Stefaan De Clerck et présidé par le Professeur E. Dirix, p. 32 (disponible sur le site http://justice.belgium.be/fr/).

293. Liège, 30 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 597, cité par P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 55.

294. A. Delvaux, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *in Actualités de droit immobilier*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 48.

295. A. Delvaux, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *in Actualités de droit immobilier*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 48.

296. E. Bertrand et X. Close, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 56.

297. E. Bertrand et X. Close, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 56.

De même, le fait que l'entrepreneur se voit imposer les conditions contractuelles auxquelles il doit conclure avec le sous-traitant est valable. Il nous semble que l'on puisse raisonner à cet égard comme en présence d'un contrat d'adhésion [298].

B. Impact des contacts directs entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant

110. Instructions données par le maître de l'ouvrage. En pratique, dans un schéma où le maître de l'ouvrage a imposé un sous-traitant, par exemple en raison de relations d'affaires antérieures avec ce sous-traitant, il est aussi possible que le maître de l'ouvrage, dans l'exécution du contrat, donne lui-même directement des instructions à ce sous-traitant qu'il connaît par ailleurs. S'il existe un contrat écrit de sous-traitance, les interventions du sous-traitant sur le chantier seront présumées s'inscrire dans ce schéma.

111. Requalification du contrat ? D'éventuelles instructions données directement par le maître de l'ouvrage au sous-traitant ne pourraient-elles pas, en certaines circonstances, aboutir à créer une convention directe entre ces parties ?

La circonstance de l'établissement d'un lien et d'instructions directs entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant aboutirait alors à remettre en cause les caractéristiques du contrat de sous-traitance. L'existence d'un contrat de sous-traitance ne semble pas exclure *a priori* la conclusion d'un contrat ultérieur directement entre le sous-traitant (devenu entrepreneur principal) et le maître de l'ouvrage [299].

Dans ce cas, on peut se demander si le nouveau rapport contractuel direct entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage emporte la résiliation partielle anticipée du contrat d'entreprise principale (en ce qui concerne le lot dont est chargé le sous-traitant) et du contrat de sous-traitance. Ces deux contrats deviendraient en effet sans objet du fait de l'intervention directe du sous-traitant vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Pour arriver à une telle conclusion, il faudrait en tout cas que le comportement des parties à cet égard soit tout à fait clair et sans équivoque. Une telle situation aurait aussi différentes conséquences, dont le fait que le sous-traitant serait désormais directement créancier du maître de l'ouvrage.

Une autre approche pourrait consister à se demander si les parties n'ont pas conclu entre elles un contrat multipartite, de sorte que les conventions d'entreprise et de sous-traitance ne formeraient plus qu'un seul contrat au lieu

298. Sur le contrat d'adhésion, voy. notamment P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, t. I, pp. 186-187.

299. B. Louveaux, « La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 19.

de deux contrats distincts [300]. À tout le moins pourrait-on se demander si les parties n'ont pas entendu créer entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant un lien juridique entraînant un droit direct d'action [301]. Il pourra toutefois en pratique s'avérer difficile d'apporter la preuve d'une telle volonté implicite dans le chef des parties.

Il faut aussi rappeler que la possibilité pour le juge, de requalifier le contrat est limitée. En effet, on sait que le juge doit tenir compte, en premier lieu, de la qualification que les parties ont donnée à leur contrat. Il ne pourra s'en écarter qu'à la condition de déceler dans le contrat ou l'exécution du contrat des éléments qui sont radicalement incompatibles avec la qualification adoptée [302].

En conclusion, il nous semble que dans certains cas, même s'ils sont rares, la requalification de la situation où un sous-traitant a été imposé devrait pouvoir avoir lieu, lorsque l'examen des circonstances de l'espèce révèle des éléments de fait incompatibles avec la qualification de contrat de sous-traitance donnée par les parties. Si certains auteurs estiment que toute tentative de requalification du contrat serait inopérante, étant donné qu'elle dénaturerait la notion de sous-traitance et les responsabilités qui en découlent [303], la situation est différente lorsque les circonstances concrètes de l'espèce démontrent que les caractéristiques de la sous-traitance ne sont, justement, plus remplies.

Les conséquences d'une éventuelle requalification seraient évidemment très importantes. Si le maître de l'ouvrage devient le cocontractant direct du sous-traitant, cela veut dire que la responsabilité de l'entrepreneur pour les travaux futurs disparaît, qu'il ne sera plus tenu par les éventuelles garanties de bonne fin qu'il aurait données... Le maître de l'ouvrage pourra quant à lui désormais directement agir contre le « sous-traitant » puisque ce dernier est devenu son cocontractant direct.

112. Instructions concernant des travaux supplémentaires. L'hypothèse décrite ci-dessus diffère évidemment de celle où un lien contractuel direct naîtrait entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage pour la conclusion de travaux supplémentaires sortant du champ du contrat de sous-traitance initial. Dans ce cas, le nouveau contrat n'a aucune influence sur l'existence du contrat initial et son

300. I. Samoy, « Le caméléon du droit des obligations : le contrat multipartite. Questions théoriques et pratiques concernant la conclusion des contrats à multiples parties », *in Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, Liège, Anthemis, 2007, p. 14.

301. Sur la lecture de l'action directe au regard d'une conception volontariste de la relativité des conventions, voy. X. Dieux, « Nature et limite du droit du titulaire d'une action directe contre un cocontractant de son débiteur », *R.C.J.B.*, 2001, pp. 9 et suiv.

302. P. Wery, *Droit des obligations – Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 377.

303. A. Delvaux, « La sous-traitance imposée': attribution et recours, exécution et responsabilités », *Entr. et Dr.*, 2005, pp. 117-118. Selon cet auteur, le juge ne pourrait « requalifier » une « relation contractuelle » qui, par hypothèse, n'existe pas entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

exécution. À cet égard, il faut souligner l'intérêt pour toutes les parties de préciser clairement par écrit leurs obligations respectives [304].

II.2.2 Rapports entre les parties en cas de sous-traitance imposée

Nous proposons d'examiner les conséquences de la sous-traitante imposée sur les rapports entre les parties, en dehors de l'hypothèse de requalification du contrat.

A. Rapports maître de l'ouvrage – entrepreneur principal

113. **Responsabilité du fait du sous-traitant.** Lorsque l'entrepreneur fait appel à un sous-traitant, l'article 1797 du Code civil est d'application : « *l'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie* ». Ainsi, l'entrepreneur principal assume à l'égard du maître de l'ouvrage la responsabilité contractuelle du fait de l'intervention du sous-traitant [305]. Si le sous-traitant commet, par exemple, des retards ou des malfaçons l'entrepreneur principal en est entièrement responsable et ne peut invoquer ces faits comme une cause étrangère exonératoire [306].

Dans un arrêt du 4 février 2010, la Cour de cassation a rappelé ce principe : « Un débiteur contractuel qui se substitue à un remplaçant est contractuellement responsable envers son cocontractant pour la personne auxiliaire à laquelle il a fait appel ; son obligation d'indemnisation demeure, en principe, limitée au dommage qui est une conséquence prévisible de l'exécution caduque par la personne auxiliaire » [307].

Toutefois, dans un schéma de sous-traitance imposée, se pose la question de savoir si le fait que l'entrepreneur n'est pas intervenu dans le choix du sous-traitant ne remet pas en cause le principe de la responsabilité du fait du sous-traitant ? Le maître de l'ouvrage peut-il ainsi se prévaloir de l'article 1797 du Code civil lorsqu'il a en fait exercé les prérogatives du choix de l'intervenant et des conditions de son intervention, alors que « ceux-ci sont précisément la contrepartie de cette responsabilité » en principe assumée par l'entrepreneur principal [308] ?

304. B. Louveaux, « La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 20.

305. Ce principe est énoncé depuis longtemps par la Cour de cassation : Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376 ; Cass., 3 décembre 1976, *R.G.A.R.*, 1978, p. 9908.

306. B. Kohl, « Le contrat d'entreprise, jurisprudence récente des cours suprêmes », *in Droit de la construction*, CUP, Liège, Anthemis, 2011, p. 215 et les références citées. Certains auteurs estiment que la responsabilité de l'entrepreneur peut être engagée même en cas de fait non-fautif du sous-traitant.

307. Cass., 4 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 376. Voy. aussi Cass., 27 février 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 410.

308. A. Delvaux, « La sous-traitance imposée : attribution et recours, exécution et responsabilités », *Entr. et Dr.*, 2005, p. 123.

114. **Inapplication du principe en cas de sous-traitance imposée ?** Selon plusieurs auteurs, lorsque le sous-traitant est imposé à l'entrepreneur, ce dernier ne pourrait être tenu responsable ni du choix de ce sous-traitant – puisqu'il ne l'a pas effectué lui-même – ni du fait de ce sous-traitant [309]. A. Delvaux estime ainsi que le sous-traitant imposé ne peut être considéré comme un « employé » de l'entrepreneur principal au sens de l'article 1797 du Code civil [310].

L'hypothèse de la désignation par le maître de l'ouvrage du sous-traitant spécialiste doit cependant être distinguée de la simple participation du maître de l'ouvrage dans le choix du sous-traitant. Dans ce dernier cas, l'entrepreneur reste tenu de son choix, à moins qu'il n'ait formulé des réserves [311].

À défaut de clauses contractuelles contraires [312], la doctrine prône donc la responsabilité du maître de l'ouvrage, plutôt que celle de l'entrepreneur, dans les conséquences défectueuses du travail du sous-traitant imposé [313].

Dans deux affaires récentes [314], deux cours d'appel ont été saisies de la question et ont appliqué cette solution prônée par la doctrine : elles ont estimé que l'entrepreneur principal ne pouvait être tenu pour responsable des défauts d'exécution qui résultaient de l'intervention d'un sous-traitant imposé par le maître de l'ouvrage.

115. **Inapplication à nuancer ?** Il faut souligner le danger que présente cette solution de l'inapplicabilité de l'article 1797 du Code civil pour le maître de l'ouvrage. Comme nous le rappellerons ci-dessous, ce dernier ne peut réclamer aucune indemnisation au sous-traitant, à défaut d'un lien contractuel avec lui et à défaut de pouvoir invoquer sa responsabilité quasi-délictuelle dans les condi-

309. M.A. Flamme et Ph. Flamme, « Le droit des constructeurs : droit incertain ou en formation », *J.T.*, 1991, p. 380 ; B. Tessie, « Groupe de contrats », *R.G.D.J.*, 1975, n° 406 ; B. Dubuisson, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », *Théorie générale des obligations*, coll. CUP, 1998, p. 142 ; T. Braun, « La sous-traitance », *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, chapitre XI, n° 1V.11.1-11.

310. A. Delvaux, « La sous-traitance imposée : attribution et recours, exécution et responsabilités », *Entr. et Dr.*, 2005, p. 123.

311. J.-M. Geradin, « La formation du contrat d'entreprise », *Act. dr.*, 1991-1992, p. 1100.

312. En pratique, des clauses étendant la responsabilité de l'entrepreneur au sous-traitant même imposé sont souvent introduites dans le contrat d'entreprise, notamment si le maître de l'ouvrage a choisi les différents sous-traitants intervenant et a confié une mission de coordination à l'entrepreneur. De telles clauses de « garantie » sont légales, à condition qu'il s'agisse d'une extension de responsabilité en pleine connaissance de cause, sans qu'il soit porté atteinte à des éléments fondamentaux du contrat et sans que soit heurtée une quelconque disposition impérative ou d'ordre public (A. Delvaux, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *in Actualités de droit immobilier*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 52).

313. A. Delvaux, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *in Actualités de droit immobilier*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 48.

314. Liège, 10 février 1998, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 43 et Mons, 30 septembre 2009, *Entr. et Dr.* 2011, p. 47 et obs. E. Bertrand et X. Close.

tions de l'arrêt du 7 décembre 1973 de la Cour de cassation [315]. Selon la solution mentionnée ci-dessus, le maître de l'ouvrage doit donc s'attendre à ne pas pouvoir non plus mettre en cause la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur principal concernant des malfaçons commises par le sous-traitant imposé, en raison même du recours à cette formule juridique [316].

Dès lors, selon certains auteurs, l'exclusion de la responsabilité de l'entrepreneur en cas de sous-traitance imposée ne devrait pas être automatique. Ils rappellent, à juste titre selon nous, que s'il est vrai que l'entrepreneur s'est vu imposer un sous-traitant, il n'en demeure pas moins qu'il a accepté de contracter avec lui [317]. Selon eux, il importe que le juge examine dans chaque cas concret si le cocontractant de l'entrepreneur principal est ou non son agent d'exécution. Le fait que le maître de l'ouvrage désigne lui-même le sous-traitant de son cocontractant ne serait qu'un élément, parmi d'autres, dans cette évaluation [318].

116. **Devoirs respectifs des parties.** Il est également possible d'aborder ce problème du sous-traitant imposé par le biais des responsabilités respectives du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur principal et des devoirs découlant de la bonne foi contractuelle, ainsi que de l'impossibilité de s'exonérer de son dol et des restrictions concernant l'exonération de la faute lourde [319].

Comme on le sait, une des obligations principales du maître de l'ouvrage est de mettre l'entrepreneur principal en mesure d'exécuter normalement les travaux. Dans l'hypothèse où il impose un sous-traitant, le maître de l'ouvrage est donc tenu de veiller à ce que cette imposition ne revête aucun caractère malveillant ou même simplement négligent ou imprudent par rapport à cette obligation de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires au bon accomplissement de l'entreprise [320].

Il faut aussi souligner le devoir de conseil qui est une obligation importante de l'entrepreneur dans le cadre du contrat d'entreprise. L'entrepreneur n'est en effet pas un exécutant servile des décisions prises par le maître de l'ouvrage [321]. Il a une obligation de réaction qui peut s'exprimer soit pas d'indication de réserves et de mises en garde soit, dans les cas les plus graves, par le refus pur et simple d'exécuter les travaux [322].

Indépendamment de la question de savoir si l'entrepreneur est exonéré ou non de sa responsabilité pour inexécution contractuelle du fait d'autrui (du sous-traitant), l'entrepreneur doit en tout cas s'abstenir de commettre des fautes contractuelles à l'égard du maître de l'ouvrage, de nature à susciter ou aggraver les défaillances du sous-traitant imposé [323].

B. Rapports maître de l'ouvrage – sous-traitant imposé

117. **Quasi-immunité du sous-traitant.** Si le maître de l'ouvrage veut agir contre le sous-traitant imposé, il ne peut le faire sur une base extracontractuelle, à défaut d'un lien contractuel avec lui. C'est le principe de la relativité des conventions.

Par ailleurs, comme on le sait, l'action directe que le sous-traitant peut exercer contre le maître de l'ouvrage n'est pas réciproque [324]. Le maître de l'ouvrage ne peut donc agir directement sur base contractuelle, à l'égard du sous-traitant, même imposé [325].

En outre, s'agissant de la responsabilité extracontractuelle, celle-ci ne pourra que difficilement être mise en œuvre puisque le sous-traitant est considéré comme un agent d'exécution. Sa responsabilité quasi-délictuelle ne pourra donc être invoquée que dans les conditions de l'arrêt du 7 décembre 1973 de la Cour de cassation [326] : (i) il faut que la faute constitue « la violation non de l'obligation contractuelle mais d'une obligation qui s'impose à tous » et (ii) cette faute doit avoir causé un « autre dommage que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat » [327].

315. Cass., 7 décembre 1973, *R.W.*, 1973-74, 1597, note J. HERBOTS. Voy. en ce qui concerne l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux rapports entre responsabilités contractuelle et aquilienne : P. WERY, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 550-561.
316. E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 55.
317. E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 55.
318. E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 57.
319. J.-M. GERADIN, « La formation du contrat d'entreprise », *Act. dr.*, 1991-1992, pp. 1099-1100.
320. J.-M. GERADIN, « La formation du contrat d'entreprise », *Act. dr.*, 1991-1992, p. 1098.
321. Mons, 3 juin 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13 765.
322. A. DELVAUX, « La multiplication des intervenants dans la construction immobilière et leurs responsabilités », *in Actualités de droit immobilier*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 59.
323. E. BERTRAND et X. CLOSE, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 60.
324. Voy la question préjudicielle posée quant à la discrimination envers le maitre de l'ouvrage et la réponse négative de la Cour constitutionnelle (C. Const., 28 juin 2006, *Entr. et Dr.*, 2006, p. 328 et note B. KOHL).
325. Comme nous le verrons ci-dessous, l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2006 ne nous semble pas remettre pas en cause ce principe (voy. *infra* n° 122).
326. Cass., 7 décembre 1973, *R.W.*, 1973-74, 1597, note J. HERBOTS.
327. Selon les termes utilisés par la Cour de cassation. Sur l'interprétation de ces conditions et son évolution voy. P. WERY, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 550-561.
Toutefois s'il s'agit d'une faute pénale, la responsabilité extracontractuelle de l'agent d'exécution peut être engagée sans que les deux conditions ne doivent être remplies.

Cette « quasi-immunité » des agents d'exécution, appliquée aux sous-traitants, est rappelée de manière régulière par la Cour de cassation [328].

Elle se trouverait encore renforcée dans l'hypothèse de la sous-traitance imposée où le maître de l'ouvrage ne pourrait pas non plus agir contre l'entrepreneur pour le fait de son sous-traitant. Nous avons en effet mentionné ci-dessus la doctrine (qui a été suivie par au moins deux Cours d'appel [329]) selon laquelle l'entrepreneur principal est exonéré de sa responsabilité du fait d'autrui au motif que le sous-traitant, parce qu'il est imposé par le maître de l'ouvrage, ne peut réellement être considéré comme agent d'exécution de cet entrepreneur.

Dans une telle hypothèse, le sous-traitant ne se verrait donc inquiété ni par le maître de l'ouvrage, ni pas l'entrepreneur (qui s'il n'est pas lui-même interpellé par le maître de l'ouvrage pour les malfaçons concernées, n'invoquera probablement pas la responsabilité de son sous-traitant) [330].

Cette « quasi-immunité », renforcée du sous-traitant imposé risque en tout cas de mettre le maître de l'ouvrage dans une situation précaire puisqu'en cas de problèmes dans l'exécution des travaux, celui-ci ne pourrait agir ni contre l'entrepreneur, ni contre le sous-traitant (sauf à certaines conditions limitatives).

Dès lors, que peut faire le maître de l'ouvrage qui se retrouve dans une situation où il doit mettre en oeuvre de manière urgente des remèdes immédiats à l'encontre d'un entrepreneur dont les sous-traitants imposés sont en défaut ?

118. Remèdes. L'on sait que plusieurs auteurs ont invoqué différentes solutions pour tempérer la rigueur des principes entrainant *de facto* une quasi-immunité du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage [331].

L'une des solutions envisagées est la stipulation pour autrui, prévue à l'article 1121 du Code civil, qui peut être définie comme « *une opération aux termes de laquelle une personne, le promettant, s'engage envers une autre personne, le stipulant, à accomplir telle prestation ou à transmettre telle chose en faveur d'une tierce personne, étrangère au contrat, dénommée tiers bénéficiaire* » [332]. Pour certains auteurs, les conditions requises seraient rem-

328. Cass., 26 avril 2002, *R.W.*, 2004-2005, p. 940 ; Cass. 14 mai 2004, *Res. jur. imm.*, 2005, p. 31 ; Cass., 2 février 2006, RG C-04052/N, inédit (www.juridat.be).

329. Voy. référence ci-dessus note 311.

330. E. Bertrand et X. Close, « La sous-traitance imposée : Je t'aime, moi non plus », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 55..

331. F. Ballon, « Relations maitre de l'ouvrage/sous-traitant », *La sous-traitance*, *op. cit.*, pp. 95 et svt ; J. Cabay, « L'action du maitre de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, pp. 765-774.

332. P. Van Ommeslaghe, *Droit de obligations*, t.I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 664.

plies dans le contrat de sous-traitance [333]. Cependant, ce remède a fait l'objet de critiques, au motif, entre autres, que la stipulation pour autrui ne se présume pas et qu'il faut la démontrer [334].

La figure du sous-traitant imposé pourrait toutefois jouer un rôle dans la démonstration de la volonté implicite de stipuler pour autrui. Le fait que le sous-traitant ait été spécialement choisi par le maître de l'ouvrage avec lequel on peut imaginer qu'il est en relation d'affaires, ne pourrait-il pas être invoqué comme élément attestant de la volonté de l'entrepreneur de stipuler un engagement du sous-traitant envers le maitre de l'ouvrage ?

Une autre voie suivie par les auteurs est celle du groupe de contrats, « qui amène à apprécier les notions de tiers et de parties, non à l'échelle du contrat mais à celle du groupe » [335]. Les auteurs rappellent toutefois les importantes réserves qu'appelle cette notion [336], entre autres depuis un arrêt de la Cour de cassation française du 12 juillet 1991 [337].

Citons aussi l'article 1615 du Code civil, selon lequel « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel » et par application duquel, selon certains, l'action contractuelle de l'entrepreneur principal à l'encontre du sous-traitant serait transférée en même temps que la livraison du bien au maître de l'ouvrage [338]. Comme nous le verrons, la Cour de cassation du 18 mai 2006 emprunte pourrait être considéré comme empruntant, d'une certaine manière, cette voie [339], mais cet arrêt concerne un fournisseur et pas un « véritable » sous-traitant. Des critiques se sont également élevées contre ce fondement [340].

Un autre remède envisageable serait la requalification du contrat de sous-traitance, lorsque les circonstances le permettent. La requalification du schéma

333. T. Braun, « La sous-traitance », in *Guide de droit immobilier*, Bruxelles, Kluwer, n°IV-11-4-4-4-9, cité par F. Ballon, « Relations maitre de l'ouvrage/sous-traitant », *La sous-traitance*, coll. J.L.M.B., Opus 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 97.

334. Cass., 27 septembre 1974, *Pas.*, 1975, p. 113.

335. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 158.

336. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *Droit de la construction*, Liège, CUP, Anthemis, 2011, p. 159. Voy. aussi F. Ballon, « Relations maitre de l'ouvrage/sous-traitant », *La sous-traitance*, coll. J.L.M.B., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 98 ; J. Cabay, « L'action du maitre de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.*, 2009, pp. 765-774

337. Cass. Fr., 12 juillet 1991, *D.*, 1991, somm. 321.

338. F. Ballon, « Relations maitre de l'ouvrage/sous-traitant », *La sous-traitance*, coll. J.L.M.B., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 100.

339. L.-O. Henrotte et A. Cruquenaire, « L'article 1798 du Code civil : une action aux voies détournées », *Droit de la construction*, Liège; CUP, Anthemis, 2011, p. 157.

340. E. Montero, « L'article 1798 du code civil et l'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », obs. sous C.A., 28 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007/5, p. 192.

de sous-traitance en un contrat multipartite ou un nouveau contrat directement conclu entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ouvrirait alors la voie à un recours contractuel direct du maitre de l'ouvrage contre le sous-traitant.

Rappelons enfin que l'action oblique prévue à l'article 1166 du Code civil reste également possible. Elle permet à un créancier d'intenter une action au nom de son débiteur, afin de préserver et exercer les droits que celui-ci néglige de faire valoir à l'égard de son propre débiteur. Le créancier agissant sur la base de l'action oblique le fait nécessairement au nom et pour le compte de son débiteur, ce qui différencie cette action de l'action directe [341] et emporte que le produit de l'action oblique tombe dans le patrimoine du débiteur intermédiaire. Le créancier poursuivant doit donc subir le concours des autres créanciers de ce débiteur et pourrait même se voir primer par certains d'entre eux s'ils sont titulaires d'un droit de préférence sur ses biens [342].

La distinction entre les actions directes et obliques a été rappelée par la Cour d'appel de Liège dans son arrêt du 28 juin 2002 : « *l'action oblique est celle que le créancier intente au nom de son débiteur afin d'exercer les droits que celui-ci néglige de faire valoir à l'égard de son propre débiteur ; l'entrepreneur général a une créance certaine de dommages à l'égard du sous-traitant et égale aux dommages résultant de la mauvaise exécution par ses soins de l'escalier...*

Au contraire de l'action directe, l'action oblique en garantie intentée par les appelants à titre subsidiaire est parfaitement recevable et fondée, mais elle n'a pour effet que de condamner l'intimée à garantir les curateurs à la faillite de toute condamnation prononcée contre ces dernières relativement aux vices et malfaçons affectant son ouvrage de menuiserie ; le maître de l'ouvrage ne dispose pas, par le biais de l'action oblique, du droit d'obtenir une condamnation à son profit et donc d'exiger que le paiement de celle-ci se fasse directement entre ses mains » [343].

Dans cette affaire, la Cour d'appel de Liège avait refusé que le maître de l'ouvrage fonde son action sur l'article 1798 du Code civil mais avait accepté qu'elle soit fondée sur l'article 1166 du Code civil relatif à l'action oblique.

119. **Recours du sous-traitant imposé contre le maître de l'ouvrage.** Le sous-traitant pourra exercer l'action directe entre les mains du maître de l'ouvrage, conformément aux conditions de l'article 1798 du Code civil.

Outre l'action directe, il peut, à certaines conditions, agir à l'encontre du maître de l'ouvrage sur une base extracontractuelle. En effet, le maître de l'ouvrage reste un tiers à l'égard du sous-traitant de sorte que les limites applicables à la mise en cause de la responsabilité extracontactuelle des agents d'exécution ne sont pas applicables [344].

341. Gand, 23 octobre 1985, *Jur. Anv.*, 1986, p. 16.
342. Liège, 15 juin 1995, *R.R.B.*, 1995, p. 292.
343. Liège, 28 juin 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 458.

En revanche, il ne pourra agir sur base contractuelle contre le maître de l'ouvrage. Une action en indemnisation contractuelle du sous-traitant ne pourrait être intentée que contre l'entrepreneur principal [345].

C. Rapports entrepreneur – sous-traitant

120. **Responsabilité contractuelle.** Le fait que le sous-traitant soit imposé ne diminue en rien les obligations de ce dernier à l'égard de l'entrepreneur général, ni plus généralement, son obligation de bonne exécution de la mission [346].

Cependant, si l'on applique la solution prônée par la doctrine et la jurisprudence mentionnées ci-dessus en cas de sous-traitance imposée, on peut arriver à ce que de manière indirecte le sous-traitant lui-même soit exonéré de ses manquements contractuels, puisque la responsabilité de l'entrepreneur principal est exclue et que l'action en garantie que celui-ci pourrait en théorie exercer contre le sous-traitant n'a plus de raison d'être [347].

D. Question spéciale : les rapports entre le maître de l'ouvrage et le fournisseur imposé

121. **Action contractuelle contre le fournisseur de l'entrepreneur.** Une autre question est celle de l'action du maître de l'ouvrage contre le fournisseur de matériaux auprès duquel l'entrepreneur principal s'est fourni, ce fournisseur ayant, le cas échéant été imposé par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur. Comme on le sait, la Cour de cassation, par son arrêt du 18 mai 2006, a reconnu le principe de la transmission au maître de l'ouvrage, par le contrat d'entreprise conclu entre celui-ci et l'entrepreneur, de l'action en garantie des vices cachés dont est titulaire ce même entrepreneur contre le vendeur des matériaux de construction incorporés dans l'immeuble [348]. Selon nous, on ne peut y voir la reconnaissance d'une « action directe » du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant puisque l'hypothèse visée n'est pas une articulation entre deux contrats d'entreprise, mais bien entre un contrat d'entreprise et un contrat de vente :

344. B. Kohl, « Sous-traitance – questions spéciales », *in Contrat d'entreprise et droit de la construction*, CUP, Liège, 2003, p. 149.
345. Bruxelles, 8 mars 2001, cité par A. Delvaux, « La sous-traitance imposée : attribution et recours, exécution et responsabilités », *Entr. et Dr.*, 2005, p. 113.
346. B. Louveaux, « La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, p. 13.
347. E. Bertrand et X. Close, « La sous-traitance imposée : je t'aime, moi non plus », *Entr. et Dr.*, 2011, p. 55.
348. Cass., 18 mai 2006, *N.J.W.*, 2006, p. 608 ; *R.W.*, 2007-2008, note de N. Carette, « Rechtstreekse contractuele aanspraak van de opdrachtgever tegen de leverancier van zijn aannemer ».

l'action qui est transmise au maître de l'ouvrage, dans le cadre du contrat d'entreprise conclu avec l'entrepreneur, est l'action en garantie des vices cachés dont est titulaire ce même entrepreneur contre le vendeur des matériaux de construction incorporés dans l'immeuble [349].

122. **Action contractuelle contre le fournisseur du sous-traitant.** Dans un arrêt récent du 15 septembre 2011, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler ce principe, cette fois dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage agit directement à l'encontre du fournisseur du sous-traitant lui-même [350].

L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation concernait un contrat d'entreprise pour la construction de bureaux à Anvers qui avait été conclu entre un maître de l'ouvrage et deux entrepreneurs. Ces entrepreneurs avaient confié à un sous-traitant la livraison et le placement de panneaux en verre. Le sous-traitant s'était lui-même fourni chez un fabricant spécialisé. Des défauts sont ensuite apparus sur ces panneaux en verre, de sorte que le maître de l'ouvrage a assigné les entrepreneurs en responsabilité, qui ont eux-mêmes appelé en garantie le sous-traitant puis le fabricant des matériaux.

À la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation, plusieurs points nous semblent intéressants à soulever.

Tout d'abord, on s'aperçoit que l'on se trouve ici, par rapport à l'arrêt du 18 mai 2006, un « échelon » plus bas dans la chaîne des contrats de sous-entreprises : ce n'est plus une action contre le fournisseur de l'entrepreneur mais contre le fournisseur du sous-traitant de l'entrepreneur qui est envisagée. La Cour rappelle dans cette affaire, que « le droit à garantie de l'acquéreur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose qui est vendu avec la chose aux acheteurs successifs ; la circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur à son commettant ne dispense pas les vendeurs initiaux de leur obligation de garantie à l'égard de cet usager final » [351]

Ensuite, un point qui semble central dans cet arrêt, c'est que la Cour précise que si le maître de l'ouvrage n'agit pas en responsabilité contre le fournisseur, mais contre le sous-traitant, il ne peut baser son action sur le régime applicable à la garantie des vices dans la vente.

En l'espèce, dans le cadre de la procédure judiciaire qui avait suivi l'apparition des défauts survenus sur les panneaux de verre, le maître de l'ouvrage avait agi directement en garantie des vices cachés à l'encontre du sous-traitant, sur la base des articles 1641 et suivant du Code civil, bien que ce sous-traitant n'était pas lui-même le vendeur/fabricant des panneaux de verre litigieux. La

349. B. Kohl, « Le contrat d'entreprise, jurisprudence récente des cours suprêmes », *Droit de la construction*, CUP, Liège, Anthemis, 2011, pp. 218-221.
350. Cass., 15 septembre 2011, C.10.0456.N et C. 10.0464.N (publié sur www.juridat.be).
351. Voy. arrêt (version néerlandaise), p. 19 (traduction libre).

Cour d'appel d'Anvers avait entre autres accepté que le maître de l'ouvrage agisse directement contre le sous-traitant, sur base de la garantie des vices cachés dans la vente [352].

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel sur ce point, rappelant que les articles 1641 et suivants du Code civil ne pouvaient s'appliquer aux rapports d'une part entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, d'autre part entre le maître de l'ouvrage et un sous-traitant.

Selon la Cour, le fait que le droit à garantie de l'acquéreur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose qui est transféré avec la chose aux acheteurs successifs « n'implique toutefois pas que les articles 1641 et suivants du Code civil s'appliquent dans les rapports mutuels entre le commettant et l'entrepreneur ou encore entre le commettant et un sous-traitant » [353].

Il est intéressant de noter que le reproche formulé par le demandeur dans un de ses griefs était l'application des articles 1641 et suivants du Code civil à l'action intentée contre lui par le maître de l'ouvrage, et non pas l'existence d'une quelconque action contractuelle contre lui. Le grief énonçait notamment : « L'application des règles en matière de garantie des vices cachés dans la vente viole la qualité de la demanderesse de sous-traitant et les règles de responsabilités qui pèsent sur elle en cette qualité, limitée à la garantie décennale pour les vices qui affectent la solidité des bâtiments (violation des articles 1792 et 2270 du Code civil) et les règles du droit commun de la responsabilité des vices cachés (violation des articles 1134, 1135, 1137, 1147à 1151 du Code civil. L'arrêt applique également illégalement les articles 1641 et suivant du Code civil à la demanderesse en cassation (violation des articles 1641 et 1648 du Code civil) en particulier la présomption de connaissance des vices cachés qui est seulement d'application pour les vendeurs professionnels (violation des articles 1641, 1643, 1645 et 1646 du Code civil) et le bref délai d'action en garantie des vices cachés dans la vente (violation de l'article 1648 du Code civil) ». [354]

Selon nous, il est toutefois important de souligner qu'indépendamment de la question de savoir si le régime de la garantie des vices cachés dans la vente s'appliquait à l'action intentée, le maître de l'ouvrage ne pourrait de toute façon pas agir directement contre le sous-traitant, même sur la base de la garantie décennale ou sur la base du droit commun de la responsabilité des vices cachés. En effet, comme on le sait, le maître de l'ouvrage ne dispose d'aucune action

352. L'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 12 janvier 2010 a fait l'objet deux pourvois que la Cour de cassation a tranchés par un même arrêt. Le premier pourvoi avait été intenté par le vendeur-fabricant et le second pourvoi par le sous-traitant.
353. Voy. arrêt (version néerlandaise), p. 19 (traduction libre). La question n'est pas neutre puisque malgré quelques similitudes, le régime de la responsabilité dans le contrat d'entreprise et celui de la garantie dans la vente sont soumis à des principes différents.
354. Voy. arrêt (version néerlandaise), p. 17 (traduction libre).

contractuelle contre le sous-traitant. Le demandeur n'a toutefois pas soulevé cette question spécifique.

En conclusion, cet arrêt de la Cour de cassation nous semble intéressant en ce qu'il rappelle que le droit à garantie de l'acquéreur initial à l'égard du vendeur constitue un accessoire de la chose qui est vendu avec la chose aux acheteurs successifs ; la circonstance que la chose viciée est livrée par un entrepreneur à son commettant ne dispense pas les vendeurs initiaux de leur obligation de garantie à l'égard de cet usager final. Ce droit à garantie ne s'applique qu'entre l'usager final (maître de l'ouvrage) et le vendeur initial. Enfin, à côté de ce droit, le maître de l'ouvrage conserve son recours en responsabilité contre l'entrepreneur (et ce dernier son recours contre le sous-traitant). Un tel recours ne sera toutefois pas fondé sur les articles 1641 et suivants du Code civil mais sur le contrat d'entreprise lui-même, c'est-à-dire soit la responsabilité de droit commun pour les vices cachés soit la garantie décennale.

II.2.3 Contrat d'entreprise et contrat de sous-traitance : autonomie ou transparence ?

A. Autonomie

123. Principe. En principe le contrat d'entreprise principale et le contrat de sous-traitance sont deux contrats tout à fait distincts et totalement autonomes l'un par rapport à l'autre.

124. Conséquences. Le sous-traitant n'est pas lié par les conditions auxquelles l'entrepreneur principal a contracté avec le maître de l'ouvrage (comme par exemple les modalités de réception, les délais d'exécutions, le prix, certaines spécifications techniques...) [355]. Inversement, le sous-traitant ne peut se prévaloir des clauses qui figurent dans le contrat d'entreprise principale mais ne sont pas reprises dans le contrat de sous-traitance.

Par exemple, la clause attributive de compétence ou d'arbitrage prévue dans le contrat d'entreprise principale ne sera-t-elle pas opposable au sous-traitant. Une expertise intervenue entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal et à laquelle le sous-traitant n'a pas pris part sera également inopposable au sous-traitant. Il en va de même pour les effets de la réception-agréation des travaux [356].

125. Un tempérament : l'action directe. L'action directe forme une exception à ce principe puisqu'elle autorise le sous-traitant à se prévaloir de ce contrat d'entreprise autonome pour obtenir un paiement directement du maître de

355. Anvers, 12 juin 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 187.

356. B. Louveaux, « La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 14.

l'ouvrage. Confronté à une telle action directe, le maître de l'ouvrage peut, également à titre d'exception au principe de l'autonomie et de la relativité des contrats, se prévaloir de certaines dispositions du contrat de sous-traitance à titre d'exceptions à opposer à l'action directe du sous-traitant (puisqu'il peut invoquer toutes les exceptions nées de la relation entre l'entrepreneur et le sous-traitant). De même le sous-traitant « subira » les exceptions soulevées par le maître de l'ouvrage, nées du rapport juridique entre ce dernier et l'entrepreneur, auquel il est pourtant tiers (compensation avec une clause pénale, des indemnités de retard...) [357].

Ayant énoncé ce principe de l'autonomie des contrats, il faut évidemment relever que, en pratique, on rencontre souvent des clauses par lesquelles les parties prévoient des mécanismes permettant une certaine « perméabilité » voire « transparence » entre les contrats.

B. Clauses de transparence

126. Clauses contractuelles. L'entrepreneur et le sous-traitant peuvent décider d'intégrer dans le contrat de sous-traitance tout ou partie des dispositions du contrat principal.

De telles clauses appelées aussi clauses de « back-to-back » sont en principe valables puisque dans ce cas, c'est par un accord de volonté inscrit dans le contrat de sous-traitance que certaines ou la totalité des clauses du contrat principal s'appliquent [358]. L'entrepreneur principal doit cependant veiller à préciser de manière expresse la ou les dispositions du contrat d'entreprise qui s'appliquent et à ce que le sous-traitant en ait pleinement connaissance. Une décision rappelle que « le principe de transparence ne s'applique qu'aux travaux pour lesquels le sous-entrepreneur a explicitement accepté le principe » [359]. Les clauses de style générales telles « le sous-traitant est considéré connaitre et se soumettre au contrat d'entreprise principale » ou « le contrat de sous-traitance doit être exécuté conformément au contrat d'entreprise principale » ne seraient dès lors pas suffisantes [360].

Le sous-traitant veillera à agir avec beaucoup de prudence avec les clauses de transparence. En effet celles-ci peuvent conduire à alourdir très sérieusement

357. Sur les exceptions que peut opposer le maître de l'ouvrage à l'action directe intentée par le sous-traitant, voy. *supra* n° 99.

358. B. Louveaux, « La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers », *in La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 14.

359. Comm. Gand, 24 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, (abrégé), p. 504.

360. W. Goossens, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, p. 453 ; B. Kohl, « Sous-traitance – questions spéciales », *in Contrat d'entreprise et droit de la construction*, CUP, Liège, 2003, p. 116.

sa responsabilité ou le rendre responsable de faits qui excèdent la portée de sa mission. Elles présument par exemple souvent que le sous-traitant a pris connaissance de l'ensemble des documents du marché qui sont annexés au contrat de sous-traitance, alors que concrètement, il ne lui a pas été possible de les assimiler intégralement. Or ces documents contiennent des dispositions techniques et administratives qui peuvent avoir un impact indirect sur le contenu de la mission du sous-traitant et dont ce dernier est censé avoir tenu compte. Le sous-traitant se retrouvera alors attrait à des litiges complexes entre les principaux intervenants du chantier, même si son rôle a été relativement marginal dans les travaux.

127. **Impact des modifications ultérieures.** En cas d'application d'une clause de transparence, l'entrepreneur a aussi intérêt à prévoir le sort des éventuelles modifications futures au contrat d'entreprise principale. Les parties prévoiront par exemple que les modifications au contrat principal seront répercutées, *mutatis mutandis*, sur le contrat de sous-traitance.

128. **Variété.** Les clauses de transparence peuvent être rédigées de manière plus ou moins limitées : elles peuvent par exemple uniquement consister à soumettre le sous-traitant aux procédures d'appel aux garanties applicables à l'entrepreneur. Elles peuvent prévoir que le sous-traitant devra automatiquement garantir l'entrepreneur de ce que ce dernier devrait au maître de l'ouvrage et qui concerne le lot sous-traité. Elles peuvent aussi limiter toute demande de dommages et intérêts formulée par le sous-traitant à hauteur de ce que l'entrepreneur pourrait lui-même obtenir du maître de l'ouvrage. Ces clauses peuvent également prévoir une transparence totale entre les deux contrats.

C. Clauses « Pay if /When Pay »

129. **Mécanisme.** Une clause que l'on rencontre souvent en pratique est celle selon laquelle le paiement par l'entrepreneur principal au sous-traitant dépend du paiement par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur [361].

Une telle clause doit évidemment faire l'objet d'un accord exprès entre les parties.

Elle peut en fait se décliner en deux formes différentes. La clause « pay when pay » concerne l'exigibilité du prix de l'entreprise (« clauses de pure exigibilité » – « a due-date rule ») : la créance du sous-traitant ne devient exigible que lorsque l'entrepreneur a lui-même été payé par le maître de l'ouvrage [362].

361. B. Kohl, « Sous-traitance – questions spéciales », *in Contrat d'entreprise et droit de la construction*, CUP, Liège, 2003, p. 108.

362. W. Goossens, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, p. 658.

La clause « pay if paid » va encore plus loin et concerne la naissance de l'obligation elle-même (« clause de prétention » – « a condition precedent ») [363]. Dans cette seconde hypothèse, le paiement par l'entrepreneur principal est en fait affecté d'une condition suspensive au sens de l'article 1168 du Code civil [364] : la créance du sous-traitant ne devient exigible qu'à la condition que le maître de l'ouvrage ait payé l'entrepreneur.

130. **Validité.** Malgré leur existence pratique importante, la jurisprudence semble assez peu favorable à de telles clauses, particulièrement les clauses « pay if paid » [365].

On peut se demander si de telles clauses « pay if/pay when » ne sont pas susceptibles de faire obstacle à l'exercice par le sous-traitant de l'action directe, étant donné que cette action ne peut s'exercer que lorsque la condition d'exigibilité de la créance-cause est remplie [366]. Dans le cas de la clause « pay when paid », la créance-cause ne sera exigible (et l'action directe ne pourra être intentée) que lorsque le maître de l'ouvrage aura payé l'entrepreneur, soit quand il n'y aura plus de créance-assiette. Il est permis de s'interroger sur la licéité de ces clauses eu égard au caractère d'impérativité de l'article 1798 du Code civil [367]. Le sous-traitant ne pourrait-il pas invoquer la nullité d'une telle clause en ce qu'elle l'empêche, en pratique, d'intenter l'action directe ?

Conclusion

L'exécution directe en nature par l'entrepreneur de ses obligations conserve une place tout à fait centrale dans le contentieux de la construction compte tenu des contraintes qui lui sont propres, en termes de temps, ainsi que de la complexité technique et juridique croissante des litiges en la matière.

363. W. Goossens, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, p. 658.

364. Dès lors, l'article 1178 du Code civil selon lequel « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous condition, qui en a empêché l'accomplissement* » est applicable : si le maître de l'ouvrage refuse de payer en raison d'une faute de l'entrepreneur principal, cet entrepreneur principal ne peut se retrancher derrière sa propre faute et invoquer la clause en question pour refuser le paiement au sous-traitant. La condition suspensive est réputée accomplie dans ce cas. Voy. W. Goossens, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003,p. 659.

365. Liège, 6 octobre 1977, inédit, cité par M.-A. Flamme et P. Flamme, « Le droit des constructeurs », *in T. Aan.*, 1984, p. 151 ; Comm. Gand, 24 décembre 1999, *T.B.H.*, 1999, p. 504 ; Anvers, 17 mai 1999, *T. Aan.*, 1999, p. 298, cités par W. Goossens, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003,p. 659.

366. P. Schillings, obs. sous Bruxelles, 18 mars 2010, *Entr. et Dr.*, 2011, p. 82.

367. P. Henry, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », *La sous-traitance*, coll. *J.L.M.B.*, Opus n° 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 54.

Ce remède immédiat présente plusieurs avantages par rapport à d'autres mécanismes de sanction comme la résolution, voire même le remplacement. S'agissant de la mise en œuvre pratique de l'exécution en nature, il s'agira d'être attentif à plusieurs questions concrètes relatives au suivi pratique et technique de l'exécution après le prononcé du jugement.

Dans la ligne de l'exécution en nature, le mécanisme du remplacement occupe toujours une place importante. Il offre également, par rapport à une résolution pure et simple, l'avantage de ne pas présenter plus de contraintes, en termes notamment de preuve et d'intensité du manquement, que celles qui pèsent sur le maître de l'ouvrage dans le cadre d'une exécution directe en nature par l'entrepreneur lui-même. Bien que dans certains cas, le remplacement peut s'avérer plus pénalisant qu'une exécution directe par l'entrepreneur initial, il reste assurément un remède subsidiaire efficace et rapide, particulièrement bien adapté à la matière du droit de la construction.

Peut-être pourra-t-on regretter que compte tenu de la place centrale que le remplacement occupe en pratique, il ne fasse pas l'objet d'un encadrement légal plus élaboré, l'essentiel des caractéristiques du mécanisme ayant été construit au fil du temps par la jurisprudence et la doctrine. Certaines questions demeurent en effet encore ouvertes, tel le sort de certains dépens du remplacement ou l'étendue de la responsabilité de l'entrepreneur initial pour les actes posés par son remplaçant.

Autre complément naturel de l'exécution directe en nature, l'astreinte soulève encore en matière de construction, plusieurs questions importantes qui peuvent avoir un impact non négligeable sur le contentieux de l'exécution. Il en va notamment ainsi de l'exigence de précision qui s'impose au juge lorsqu'il prononce une condamnation assortie d'astreinte et des limites du recours à l'expert dans ce contexte, des conditions exactes auxquelles une suppression de l'astreinte pour impossibilité d'exécution peut être accordée, ou encore des questions que soulève le caractère individuel de l'astreinte dans des litiges mettant en présence plusieurs intervenants agissant en des qualités différentes. L'appréhension correcte de ces différentes problématiques est essentielle. Elle doit permettre d'anticiper au mieux, par une correcte rédaction des termes de la condamnation, les complications susceptibles d'intervenir après le prononcé.

À côté de ces remèdes immédiats, il nous a paru intéressant d'aborder certains mécanismes d'actions-réactions qui sont le corollaire de la pluralité des intervenants à l'acte de construire. Il en est ainsi de l'action directe qui permet à un intervenant (le sous-traitant) d'agir directement à l'encontre d'un autre intervenant (le maître de l'ouvrage) avec lequel il n'a pourtant pas de lien juridique. Sujet classique en droit de la construction, ayant déjà fait l'objet de nombreuses études et décisions judiciaires, l'action directe continue de soulever des questions et son régime est nécessairement appelé à s'affiner.

Nous avons également voulu souligner les difficultés rencontrées lorsque dans le cadre de la pluralité des intervenants et des relations entre ceux-ci, certaines parties se voient limitées dans le choix de leurs cocontractants. C'est le cas de la sous-traitance dite « imposée ». Les conséquences concrètes du recours à cette forme de sous-traitance sur les responsabilités des différents intervenants font l'objet de différentes questions et restent incertaines à ce jour. Elles justifient plus que jamais une correcte appréhension de ces problématiques dès le stade de la rédaction du contrat.